

der Mann am neuen Wohnort Schulden zu ehelichen Zwecken: so ist dieß eine Schuld der Gemeinschaft, eine Schuld beider Gatten (keineswegs, wie Funk glaubt, blos des Mannes, wenn sie ihr Güterrecht nicht zur öffentlichen Kunde brachten). Ebenso umgekehrt; wenn Ehegatten von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft gilt, an einen Ort ziehen, wo sie gilt, und hier der Mann Schulden macht: so haftet für diese Schulden nicht auch die Frau, eben weil das Verhältniß, in welchem sie zu ihrem Manne steht, sie nicht dazu verpflichtet [275 a]).

275 a) Etwas anderes wäre es, wenn am neuen Wohnort die lex cogens bestände, daß, ohne alle Rücksicht auf das Güterverhältniß, in welchem die Gatten im Uebrigen unter sich stehen, aus Verkehrs-Rücksichten die Frau stets für die Schulden des Mannes mithaften müsse (vgl. auch §. 26. Nr. 1.).

II.

Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte.

Von

Hrn. Geh. Hofrath L. A. Warnkönig in Freiburg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. III. im vorigen Hefte.)

§. 11. Untersuchung der Frage: ob für gewisse Schuldforderungen eine Verpfändung mit commissorischem Vertrage erlaubt sey.

Die Allgemeinheit des Verbotes der lex commissoria bei Verpfändungen haben schon die ältesten Ausleger ange-

nommen und aus der Fassung der c. ult. C. de pact. pign., so wie aus dem cap. 7. X. de pign. erwiesen. Aus welchem Grunde also die Schuld entsprungen seyn mag, wofür das Pfand gegeben wurde, der commissorische Vertrag gilt nicht.

Negusantius beginnt die **Ampliationes** des Constantinischen Verbots damit, daß er sagt:

> **Primo, amplia, ut regula procedat non solum quando pignus datur pro mutuo recepto, sed etiamsi datur pro alio debito, quam mutuo, ut probatur l. fin. C. de pact. pignor., quae generaliter loquitur de quocunque creditore et generaliter intelligi debet etc. etc.**

Ebenso vertheidigen die Anwendung des Verbotes bei allen Arten von Schulden, Mudäus, Mantica, Merlinus und andere.

Gegen diese Allgemeinheit des Verbotes sind jedoch Zweifel erhoben oder geradezu Ausnahmen behauptet worden:

I. Bei Sponsalien und Dotalverträgen.

II. Bei Vergleichen.

III. Bei Gestattung eines allgemeinen Pfandrechts.

IV. Im Falle der c. 2. C. 8. 35.

I. Was die erste Klasse von Verträgen betrifft, so sind drei Fälle zu unterscheiden und auch von den Auslegern unterschieden worden.

1. behaupten die Glosse [1] und einige der ältesten Commentatoren, die L. C. sey bei Sponsalien erlaubt besonders wegen c. un. C. 5. 2 [2]. Hier heißt es: si quis in po-

---

1) Glossa ad l. 3. C. 8. 35: Ejusmodi pacta valent in arrhis sponsalitiis.

2) Petrus de Bella Pertica ad l. 3. C. 8. 35: Item non est reprobatum pact. L. C. in arrhis sponsalitiis. Ponamus: duo contrahunt sponsalia: unus dat alii arrhas sponsalitias, et conventum est, quod illi, qui non stabit in matrimonio amittat arrhas; illud pactum valet.

testate publica positus arrhas sponsalitias dederit, jubemus, ut deinceps sive parentes, sive eaedem mutaverint voluntatem non modo juris laqueis liberentur, poenaeque statutae expertes sint, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda.

Allein daß hiedurch die L. C. bei Sponsalien für gültig erklärt werde, kann man nicht annehmen, da es sich bloß von der arrha sponsalitia handelt, welche zu behalten in dem hier behandelten Falle den Frauen, die den Provinzialbeamten nicht heirathen wollen, erlaubt wird. Schon Glossatoren [3]) bemerken: das Wort pignus sey hier für arrha sponsalitia genommen; ausführlich zeigt dieß Cujacius [4]). Die Interpreten des 14ten Jahrhunderts sprechen nicht mehr von dieser Ausnahme, welche Baldus ad c. 3. C. 8. 35. als eine von der Glosse angenommene blos erwähnt [5]).

2. Der zweite Fall, der zuerst bei Baldus im de Feudis [6]) erörtert wird und bei den Praktikern noch im siebenzehnten Jahrhundert vorkommt, ist der:

> Si mulier vel socer promisit dotem marito in pecunia et dedit fundum in pignus cum pacto, quod si infra certum tempus pecunia non solvatur: fundus ille sit in dotem datus; isto casu videtur, quod tale pactum valeat favore dotis.

---

3) Viviani Casus und die Glosse zu c. un. C. 5. 2

4) Er sagt: tenet glossa, quod p. l. c. praecedit in matrimonio et sponsalibus.

5) Observat. IV. 22. Recitationes in Codicem. Ausgabe v. 1637. p. 442.

6) Ihn hat auch der im Mittelalter häufig hier angeführte Baldus Novellus in seinem 1479 geschriebenen Werke: De Privilegiis dotis P. VI. Privileg. 54. nr 1. Er verwirft das fr. 26. D. 23. 3. als Beweisstelle, erklärt sich aber für die Gültigkeit einer solchen Brautschatzbestellung. Fr. 45. D. 46. 3. darf nach ihm nicht hieher bezogen werden. Siehe über diesen Baldus, Pancirollus p. 221.

Zur Vertheidigung der Gültigkeit einer Verabredung dieser Art berufen sich die Ausleger auf die **ratio legis cessans**, ferner darauf, sie sey der dotirten Frau nützlich und werde indirect bestätigt durch **fr. 26. D. 23. 3.** und **c. 16. X. 5. 19.** Dort wird gesagt: **ita constante matrimonio permutari dotem posse, dicemus, si hoc mulieri utile sit, ut ex pecunia in rem aut ex re in pecuniam. Idque probatum est.**

Hier: **Salubriter generum ad fructus possessionem, quae sibi et socero sunt pro numerata dote pignori obligatae computandos in sortem non credimus compellendum; cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda.**

Die auch von Fulgosius, von **de Afflictis** und den meisten Doctoren des vierzehnten Jahrh. vertheidigte Gültigkeit einer Brautschatzbestellung dieser Art wird zuerst angegriffen von Alexander im B. **VII. Cons.** 178. [7], dann ausführlich zu widerlegen gesucht von Regusantius n. 7. w. E. Molinäus Nr. 372, Siphanius p. 399—400 und Bachovius **c. 16. n. 6.**; dagegen vertheidigen Mozzi n. 6. und Mantica n. 39. wieder die Gültigkeit eines solchen Vertrags; der erste sagt indessen, es sey dieß ein **articulus valde disputabilis**; der letzte fügt die Beschränkung bei: **si pignus non excedit debitam quantitatem dotis.**

Die verneinende Ansicht vertheidigen Leotardus **de Usuris n.** 64—75, Mästertius **9.** 10., Merlinus **n.** 11—16, Menken **th.** 23. und nach den ersten Lauterbach **n.** 3, Struv, P. Müller in der Note **D.** zum letzten [8],

---

7) Der Fall bei Bertrandus **VI. P. I. c. 134.** gehört hierher; er vertheidigt die Gültigkeit des Vertrags, besonders aus dem Grunde, weil die **in solutum datio ex postfacto** geschah.

8) Struv und Lauterbach deuten blos die Streitfrage durch die Entscheidung derselben an, und indem sie sagen: **ita reprobata est, ut nec in favorem dotis valeat.** Der letzte beruft sich noch

und Gothofredus a Jena §. 34. Nach diesen Schriftstellern verschwindet die Streitfrage bald aus den Lehrbüchern des röm. Rechts; sie findet sich schon nicht mehr bei Cocceji jus controversum (also 1710), nicht bei Westphal, nicht bei Glück und in keinem Lehrbuch des neunzehnten Jahrhunderts.

Indessen sollte dieselbe nicht so ganz mit Stillschweigen übergangen werden; denn es läßt sich doch die Gültigkeit einer Brautschatzbestellung dieser Art vertheidigen, wenn nämlich ausgemacht wird, die für die Dotalsumme verpfändeten Grundstücke sollten, wenn jene nicht ausgezahlt werde, selbst zum Brautschatz dienen. Gehen wir näher auf die Sache ein. Es wäre ein vergebliches Bemühen, die Frage über die Gültigkeit eines Vertrags, wie der uns hier beschäftigende, aus einzelnen Stellen unserer Rechtsquellen entscheiden zu wollen. Zu Gunsten der dos ein neues Privilegium gegen die L. ult. C. 8. 35. zu schaffen ist ohnedem nicht erlaubt. Die Stipulation, es solle ein für die Auszahlung des Brautschatzes verpfändetes Grundstück, im Falle der Nichtauszahlung, selbst Brautschatz werden, wäre für gültig zu erklären, wenn man zeigen könnte, es sey hier gar keine Lex commissoria pignoris vorhanden.

Auf den ersten Anblick scheint sich für diese Behauptung nichts anführen zu lassen; denn es wird das für die Auszahlung der dos verpfändete Grundstück auf den Nichtauszahlungs-Fall dem Gläubiger für verfallen erklärt.

---

auf Bachov, Hahn zu Wesenbec c. nr. 7. und Struv. Müller sagt: sane cum iniqua conditio socero inseratus doti, cujus favor in jure magnus, ita favendum non est, ut alii injuriam faciamus. Außer den angeführten Auctoritäten nennt er noch Colerus, decisiones 231 nr. 3. und Gothofredus a Jena §. 17, der jedoch, wie sogleich gesagt werden wird, den hier besprochenen Fall gar nicht behandelt, sondern den dritten.

9) Daß die angeführte f. 26. D. 23. 3. hier nicht entscheidend ist, ergiebt sich auf den ersten Blick. Aus den c. 16. X. 5. 17. kann nur eine sehr entfernte ratio juris hergenommen werden.

Allein prüft man die Verabredung näher, so sieht man, daß sie noch von einer andern Seite aufgefaßt werden kann.

Die Bestellung des Brautschatzes ist hier von der Art, daß das für die Auszahlung der Dotalgelder gegebene Pfand zugleich bedingter Weise selbst zum Brautschatz gegeben ist, nämlich für den Fall, wo die zuerst versprochene Summe nicht bezahlt werden sollte; der Besteller der dos unterwirft sich einer alternativen Verbindlichkeit, entweder Geld oder ein Grundstück zum Brautschatz zu geben. Einer solchen sich zu unterwerfen, d. h. entweder Geld oder eine bestimmte andere Sache von Werth als dos zu geloben, ist aber gewiß erlaubt [10]. Der Umstand, daß die andere Sache zu gleicher Zeit für die versprochene Summe verpfändet ist, kann als Nebenpunkt angesehen werden, welcher, da der Hauptzweck des Vertrags die Dotirung ist, keine Berücksichtigung verdient. Die dotis datio hat bekanntlich 2 Seiten; für den Besteller ist sie eine Schenkung; warum sollte aber dem Schenkenden nicht erlaubt seyn, so zu schenken, daß er alternativ eine Summe Geldes oder ein Grundstück zu geben verspricht? Wenn auch im zweiten Falle seine Liberalität größer ist als im ersten, so kann doch von einer captio nicht die Rede seyn. Für den Ehemann ist die dotis datio ein oneroses Geschäft: quia dos constituitur ad ferenda matrimonii onera. Diese sind keine res certa und wenn auch der Werth des Pfandes

---

10) Auch Mudäus nr. 84. hält eine Verabredung dieser Art, namentlich, wenn sie während der Ehe gemacht würde und folglich eine dotis permutatio enthielte, für erlaubt und gültig. Ausführlich handelt davon Molinäus nr. 372—378. mit Anführung eines Rechtsfalles. Zur Bekräftigung der Entscheidung führt er auch an: Si mater dedisset dictam domum in dotem cum pacto redimendi pro 3000, non esset dubium, quin pactum valeret et posset domus incommutabiliter retineri post annum; sed videtur illud pactum de domo danda in solutum nisi 3000 infra annum solvantur, in eundem effectum recidere. Es stimmt ihm hierin Siphanius p. 400. bei.

die zum Brautschatz versprochene Summe übersteigen sollte, so wird in der Regel doch nicht von einer captio die Rede seyn können [11].

Endlich fällt ja das zur res dotalis gewordene Pfand bei Auflösung der Ehe an die Frau oder wohl sogar an den Besteller zurück [12]. Eine Bereicherung des Mannes auf Kosten des Bestellers auf die Weise, wie bei sonstigen Schuldforderungen, findet also nicht statt [13].

Nur wenn der Fall ganz anders beschaffen wäre, als der hier im Auge gehaltene, könnte von einer verbotenen Lex commissoria die Rede seyn; nämlich, wenn blos eine Summe Geldes zur dos gegeben, dafür eine Sache verpfändet und ausgemacht wäre, das Pfand solle im Nichtgebungsfalle dem Ehemanne als unwiderrufliches Eigenthum zufallen, die versprochene Summe aber allein der Gegenstand des Brautschatzes seyn. Eine Verabredung dieser Art fällt offenbar unter das Verbot des c. ult. C. de pact. pign. und verstößt gegen die ratio legis.

3. Der dritte Fall ist der im fr. 45. pr. D. 46. 3. enthaltene. Die Stelle lautet so:

Ulpianus libro I. Responsorum:

Calippo respondit: quamvis stipulanti uxori vir spoponderit, diremto matrimonio, praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerre dotis quantitatem [14].

---

11) Mantica sagt daher nicht mit Unrecht: sed ego considero: quod si pignus constitutum in promissione dotis non excedit debitam quantitatem et interesse, quod maritus patitur in sustinendis oneribus, tale pactum sit recipiendum.

12) Mit Recht bemerkt daher Bachovius I. 6.: effectu inspecto et re ipsa mulier est creditrix, cujus utilitatem respicit principaliter promissio dotis.

13) Die hier vertheidigte Ansicht wird gut durchgeführt bei Balbus Novellus a. a. O.

14) Im Mittelalter wird die Stelle häufig citirt als L. Callipodius oder l. Quamvis.

Diese Entscheidung Ulpian's ist einfach die: der Ehemann, welcher seiner Frau versprochen habe, nach aufgelöster Ehe die zur Sicherheit des Brautschatzes ihr verpfändeten Grundstücke an Zahlungsstatt zu geben, leiste seiner Verbindlichkeit Genüge, wenn er den Betrag des Brautschatzes ihr zurückerstatte.

Man könnte aus dieser Entscheidung ganz entgegengesetzte Folgerungen ziehen.

a) die: ein Versprechen einer in solutum datio dieser Art, welches eine L. C. enthalte, sey gültig, aber nur für den Fall verpflichtend, wenn der Mann die Dotalsumme nicht zurückzahlte. Diese Gültigkeit der L. C. erklärte man dann
   α) entweder als ein privilegium dotis,
   β) oder daher, daß die stipulatio während der Ehe, also nach der Verpfändung der Grundstücke gemacht worden, also eine L. C. ex intervallo contracta vorhanden gewesen sey [15].

b) Man könnte gerade das Gegentheil aus der Stelle ableiten; wenn man sie mit der l. ult. C. 8. 35. combinirte; nämlich Ulpian habe dieß Versprechen, also auch die zu Gunsten des Brautschatzes eingegangene L. C. für unverbindlich, also für ungültig erklärt.

So verstanden lieferte fr. 45. den Beweis, daß schon zur Zeit Ulpians die L. C. bei Verpfändungen wirkungslos gewesen.

Wir werden zeigen, daß beide Auffassungsweisen der Stelle verwerflich sind: wollen aber vorher die Ansichten der Rechtsgelehrten über dieselbe mittheilen. Die meisten Legisten des Mittelalters fanden zwischen dem fr. 45. und fr. 34.

15) Aus diesem Grunde wurde meist fr. 45. pr. D. 46. 3. für die Behauptung angeführt: der nach der Verpfändung eingegangene commissorische Vertrag sey gültig.

D. 13. 7. einen Widerspruch, den sie zu heben bemüht waren. Dieß thun noch viele Civilisten des sechszehnten Jahrhunderts.

Die Glosse will die Entscheidung des fr. 34., worin dem Schuldner das Einlösungsrecht der an Zahlungsstatt gegebenen Pfänder abgesprochen wird, mit der in fr. 45., worin dem die in solutum datio versprechenden Ehemanne erlaubt wird, durch die Zahlung seiner Schuld sich frei zu machen, dadurch heben, daß sie sagt: dort sey der Gläubiger schon im Besitze gewesen, hier aber noch nicht [16].

Bartolus will durch fr. 45. die Gültigkeit der L. C. zu Gunsten der dotis restitutio beweisen, jedoch

a) nur wenn sie nach der Pfandbestellung gemacht worden sey (also ex intervallo) und

b) nütze sie nur ad excipiendum oder ad retinendum, nicht aber ad agendum [17].

Regusantius n. 2, Absatz secundo, führt zuerst das f. 45. zum Beweise der Behauptung an: auch die für die Rückerstattung eines Brautschatzes gemachte commissorische Verpfändung sey nichtig; bemerkt aber sogleich, es sey im Falle des fr. keine wahre L. C. vorhanden, sondern nur ein pactum simile L. C., weil der unmittelbare Uebergang des Eigenthums der Pfänder nicht ausgemacht gewesen sey. Indessen erklärt er es für ein pactum inutile, wie das in fr. 1. C. 8. 35. vorkommende.

Mozzius folgt hier Regusantius mit der Bemerkung: es dürfe zwischen dem pactum verum und simile Leg. Com. hier kein Unterschied gemacht werden; beide seyen nichtig. Dumolin erklärt Ulpian's Entscheidung aus dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, indem er auch annimmt,

---

16) Glossa ad f. 34. D. 13. 7. Ibi (in fr. 45.) non dedit in solutum pignus debitor, sed dare promisit. Praeterea hic erat pignus apud creditorem, ibi non.

17) Bartolus ad fr. 45. pr. Dieß führen auch noch die spätern Interpreten von ihm, wie z. B. Bachovius p. 75.

es sey jene Stipulation während der Ehe abgeschlossen worden. Auch Mudäus n. 4. schließt aus fr. 45: conventionem legis commissoriae similem esse inanem et sine effectu. Er weiß übrigens diese Stelle nicht gut zu erklären und schlägt in n. 25. eine andere Interpunction derselben vor; nämlich promisit diremto matrimonio, statt promisit, dir. matr.

Cujacius [18]) löst den Widerspruch zwischen f. 34. und fr. 45. dadurch, daß er alles Gewicht darauf legt, dort sey ein Kauf abgeschlossen worden, der also durch die bloße Einwilligung der Contrahenten perfect gewesen sey; hier dagegen eine künftige in solutum datio zugesagt worden; diese übertrage aber die Sache erst nach erfolgter Tradition. Balduin findet in fr. 45. eine Mißbilligung der L. C. durch Ulpian, hält es nicht für widerstreitend dem fr. 34., weil hier eine unbedingte in solutum datio, also keine L. C. vorhanden sey. Giphanius p. 399—400 verwirft den von Dumolin angegebenen Grund und erklärt Ulpian's Entscheidung auf folgende Weise: Ratio cur ex ea promissione non tenetur maritus, est haec, quia in actione de dote (sive) inter conjuges agitur, sive non agitur de aequo et bono, quod non patitur, ut unus cum alterius jactura locupletior fiat [19]).

Bachovius n. 4. sucht blos zu widerlegen, daß fr. 45. einen Beweis für die Gültigkeit der L. C. ex intervallo adjecta enthalte. Merlinus n. 13—16. gibt keine eigene Auslegung des Fragmentes, führt dagegen die verschiedenen Erklärungen desselben, jedoch ziemlich unklar an. Später n. 56. unterwirft er es jedoch einer genauen Prüfung: nimmt aber an: die Stelle erkläre die Verabredung deßhalb für nichtig, weil sie eine verbotene Schenkung unter Ehegatten enthalte.

---

18) Opp. t. VI. p. 680. t. IX. ad l. 1. C. 8. 35.
19) Fr. 6. §. 2. f. 16. D. 23. 3.

Godofredus a Jena §. **XVII.** bestrebt sich auf verschiedene Weise, die Entscheidung Ulpian's zu rechtfertigen, theils durch das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, theils, wie Giphanius, aus der Regel, Ehegatten dürften sich nicht übervortheilen. Schließlich nimmt er im **fr. 45.** eine **in solutum datio pro justo pretio** an. — Dem allen ungeachtet vertheidigt er im §. **XXII.** die Gültigkeit der **L. C.** zu Gunsten der Rückgabe des Brautschatzes mit Anführung des **fr. 45.** Menken **th. 23.** sagt: im Falle des **fr. 45.** sey die Zusage einer unbedingten Hingabe des Pfandes an Zahlungsstatt, also keine **L. C.** vorgekommen gewesen; Ulpian's Entscheidung beruhe nur auf der Regel: daß Ehegatten sich nicht übervortheilen dürfen.

Auf dieselbe Weise spricht sich p. 657—658 auch Van Muschenbrök aus, der ebenfalls glaubt, es sey eine **in solutum datio pro justo pretio** verabredet gewesen. Das Versprechen gebe aber dem Ehemanne nur ein Recht, von dem Gebrauch zu machen ihm frei stehe.

Es ist unmöglich, Ulpian's Entscheidung auf das Verbot der **Lex commissoria** bei Verpfändungen zu stützen. Solches existirte noch nicht. Noch weniger kann er eine Ausnahme dieses Verbotes haben einführen wollen, weder zu Gunsten des Brautschatzes, noch weil das Versprechen der **in solutum datio** nach der Verpfändung statt hatte.

Seine Entscheidung muß auf andern Gründen beruhen. Fassen wir noch einmal den Fall in's Auge [20]. Der Ehemann hatte der Frau versprochen, nach aufgelöster Ehe ihr Grundstücke, welche für die Rückerstattung der **dos** ihm verpfändet waren, an Zahlungsstatt zu geben. Demungeachtet

---

20) Wir verwerfen die von Mudäus vorgeschlagene Lesart: **spopondit maritus diremto matrimonio.** Sie ist weder nöthig zur Erklärung der Stelle, noch empfehlungswerth; denn **diremto matrimonio** waren keine **vir et uxor** mehr vorhanden.

soll er doch nur gehalten seyn, den Betrag des Brautschatzes an die Frau zu bezahlen.

Ob die Stipulation bei Eingehung der Ehe oder später geschlossen war, läßt sich mit Gewißheit nicht sagen; das letzte ist jedoch wahrscheinlich, weil Ulpian sich so ausdrückt: stipulanti uxori vir spopondit. Die Grundstücke, deren in solutum datio zugesagt wird, werden als schon verpfändet angegeben; die Verpfändung konnte aber der stipulatio unmittelbar vorhergegangen seyn [21].

Man kann hier zwei verschiedene Fälle annehmen, entweder die Zusage einer bedingten oder die einer unbedingten Hingabe an Zahlungsstatt. Im ersten Falle wäre der Sache nach eine L. C. vorhanden; Ulpian hätte jedoch nur die Frage entschieden: der Mann sey berechtigt, der Verabredung ungeachtet, den Betrag des Brautschatzes der Frau anzubieten. Dieß ist den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in allen Fällen gemäß; denn die L. C., so lange sie gültig war, beraubte den Schuldner nicht des Rechts, die Schuld zu bezahlen. Dieses Recht allein erkennt Ulpian dem Ehemann hier an. Die Stelle hat dann weiter keine Schwierigkeiten, und gehet über die Entscheidung dieser Frage nicht hinaus.

Nimmt man das Versprechen einer unbedingten in solutum datio an, so könnte man mit mehrern Auslegern geneigt seyn zu glauben: Ulpian erkläre es für nichtig, entweder weil Schenkungen unter Ehegatten nicht bindend seyen, oder weil sich Ehegatten nicht übervortheilen dürfen. Diesen Gründen ist aber die Fassung der Stelle zuwider; denn Ulpian sagt ja: Quamvis spoponderit, satis esse u. s. f.,

---

21) Bachovius sagt p. 75, 76: Nihil est, ex quo pactum ex intervallo interpositum, solide queat colligi. Dagegen sagt Merlinus n. 56: secundum me loquitur hic textus de p. c. ex intervallo adjecto; movit me quia verba sunt temporis praeteriti. Er hält das pact. com. aber für nichtig, schon weil es eine verbotene Schenkung enthalte.

also des Versprechens ungeachtet reiche es hin, wenn der Ehemann den Betrag der Schuld anbiete. Ulpian hält also die stipulatio für wirksam.

Allein es gibt einen einfacheren Weg, die Entscheidung Ulpian's zu erklären, nämlich den von v. Muschenbröк angedeuteten: Ulpian gäbe blos den Zweck und die Wirkung eines solchen Versprechens an und zwar dahin: es werde durch dasselbe der Ehemann berechtigt, nicht aber verpflichtet, statt der Dotalsummen die verpfändeten Grundstücke der Frau zu übermachen. Es stehe ihm also frei, von dem Vertrage Gebrauch zu machen oder nicht; es genüge demnach, wenn er die schuldige Summe anbiete; satis esse dotis offerre quantitatem.

Vielleicht könnte man auch eine in solutum datio im Sinne des fr. 26. D. 13. 7. annehmen, d. h. eine solche, wobei der Gläubiger den Ueberschuß herausgeben muß [22]. In diesem Falle war es sehr natürlich, daß Ulpian entschied, die Frau müsse mit dem angebotenen Werth der dos zufrieden seyn; denn mehr erhielte sie auch durch die Hingabe der Pfänder selbst nicht. Auf keinen Fall enthält fr. 45. D 46. 3. irgend eine Aeußerung, wodurch die commissorische Verpfändung gebilligt oder mißbilligt oder irgend ein privilegium dotis eingeführt wird [23].

---

22) Der Mann hatte nicht versprochen, die Pfänder pro dotis quantitate der Frau zu überlassen, sondern nur sie an Zahlungsstatt zu geben.

23) Der Verfasser erlaubt sich die ihm brieflich mitgetheilte Ansicht seines Freundes, des Herrn Prof. Holtius in Utrecht über die ratio decidendi in fr. 45. pr. D. 46. 3. hier beizufügen:

Welche sind Ulpian's Entscheidungsgründe in L. 45. pr. D. de solu. Die Entscheidung scheint einfach diese: wenn der Mann mehr zurückzugeben verspricht, der Quantität nach, als er empfangen hat, so ist das offenbar eine Schenkung; doch war die stipulatio nicht ungültig, da man gar nicht weiß: ob die praedia mehr werth seyen. Sind sie es, so kann er blos eine exceptio in factum entgegenstellen. Will man die Sache aus der rei uxoriae actio

II. Daß im Falle eines Vergleiches gültig verabredet werden könne: es solle statt der dem andern Theile herauszugebenden Summe ihm die dafür verpfändete Sache verbleiben, haben die Consiliatoren zuerst behauptet. S. Cravetta Cons. 145. Nr. 19.

Der Grund der Gültigkeit wurde darein gesetzt, daß beim Vergleiche der eine Theil ein Opfer bringe, welches der Vergleichende in dem angenommenen Falle ja alternativ dahin bestimme: er wolle eine bestimmte Summe, und wenn er diese zur gehörigen Zeit nicht zahlen könne, eine bestimmte Sache dem andern überlassen. Dieses Raisonnement hat allerdings Etwas für sich.

Demohngeachtet wird hier keine Ausnahme des Constantinischen Verbots zugelassen werden dürfen. Denn gerade für Verschuldete wäre hier die größte Gefahr vorhanden, daß unter der Form des Vergleiches das Verbot umgangen würde. Gewiß muß man die Verabredung für erlaubt halten: es solle der andere Theil entweder eine Summe Geldes oder eine Sache zur Abfindung erhalten; allein dieselbe ist doch von derjenigen verschieden, wo unbedingt eine Summe versprochen, für die ein Pfand cum lege commissoria bestellt wird. Denn offenbar ist, wenn dieses geschieht, der casus legis ult. C. 8. 35. vorhanden und folglich die commissorische Verabredung nichtig, indem der Schuldner die verpfändete Sache jeder Zeit einlösen kann. Die eben entwickelte Streitfrage kommt nur bei wenigen Commentatoren

---

erklären, so muß man annehmen, die stipulatio sey nichtig, Ulpian denke blos an jene Klage, wobei sich dann seine Antwort gar zu sehr von selbst verstünde.

Es wird auch gefragt: ob nicht Ulpian blos die Absichten der Stipulanten erkläre? Ich kann dieser Vermuthung nicht Raum geben, weil das in solutum dare allemal als Aequivalent gedacht wird, also als bloße Schuldtilgung; nach der Absicht der Parteien wäre also die dos nicht ein minus und die praedia ein plus, was Ulpian doch in seinem satis erit zu verstehen gibt. Wenn es blos auf ihren Willen ankam, warum sollte die versprochene in solutum datio nicht erfolgen müssen?

vor, am ausführlichsten bei Leotardus [24]) n. 75—79; zum letztenmale entwickelt sie P. Müller in der Note zu Struv (T. II. p. 7.). Er entscheidet sie, wie wir eben sie entschieden und beruft sich auf:

Ant. Faber in seinem Codex lib. VIII. h. t. 22. d. 3. Mästertius 9. 11. u. Menken th. 24. [25]).

III. Die Frage, ob, wenn Jemand sein gesammtes Vermögen verpfändet, nicht ausgemacht werden könne: es solle, falls der Schuldner zur gehörigen Zeit nicht zahlen würde, eine oder die andere der ihm verpfändeten Sachen an Zahlungsstatt verfallen seyn, wird bei den meisten ältern Schriftstellern über die Lex commissoria aufgeworfen, aber in der Regel verneinend beantwortet. Wir verweisen auf Molinäus n. 361—362, Covarruvias III. 3. n. 7. und sein Commentator de Faria n. 69, Bertrandi Consil. I. 197, III. 178, Tuschius n. 16, Merlinus n. 31, Menken th. 26. Nur wenige Rechtsgelehrte werden als Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung angeführt; es sind meistens die Verfasser von Consilia u. Decisiones, wie Rubeus in seinen Consil. 134. n. 3., Cravetta Cons. 327. n. 16. und der genannte Bertrandus I. 254. Tiraquellus de retract. conv. finis n. 139. und andere bei Surdus Cons. 248. n. 5., der jedoch dieselben in n. 10. widerlegt. Die Zuläßigkeit des commissorischen Vertrages ist von diesen Rechtsgelehrten behauptet worden, weil in den Fällen, welche sie zu entscheiden hatten, keine Unbilligkeit vorhanden war, indem die an Zahlungsstatt zugesagten

---

24) Ausführlich jedoch verkehrt behandelt diese Frage A. Faber de erroribus pragmat. D. 21. Error 7. Cod. Fab. 8. 22. 3. Bartolus zu l. 45. f. D. de

25) Menken erklärt folgenden Vertrag für nichtig: Si Titius Cajo, ut litem dubiam remitteret, 600 sol. promiserit et in futurae solutionis securitatem pignus ea lege dederit: ut debito ex transactione die sua non soluto pignus creditori pro quantitate pleno jure cedat.

Sachen ein billiges Aequivalent für den Betrag der Schuld schienen. Wie oft kann sogar zu Gunsten des Schuldners ausgemacht werden: es solle der Gläubiger mit einer der verpfändeten Sachen an Zahlungsstatt sich begnügen!

Demungeachtet muß die verneinende Ansicht als die richtige festgehalten werden [26]; denn 1. unterscheidet das Constant. Edict nicht: ob die L. C. einem pignus generale oder speciale angehängt werden; auch läßt sich nicht aus der Fassung desselben ersehen; es habe der Kaiser nur an ein Spezialpfand gedacht. 2. Ist auch in einem commissorischen Vertrage bei einer Generalverpfändung für den Schuldner eine captio oder eine asperitas zu befürchten und es könnte 3. wenn man die L. C. hier für erlaubt hielte, das ganze Verbot auf das leichteste umgangen werden, indem der Schuldner jedesmal nur ein generelles Pfandrecht zu geben und auf den Nichtgebungsfall dem Gläubiger gerade die Sache zu überlassen hätte, durch welche der Gläubiger auf seine Kosten sich bereichern will.

IV. Der vierte Ausnahmsfall, den wir hier zu untersuchen haben, ist der im c. 2. C. h. t. (8. 35.) enthaltene. Die Stelle lautet so:

Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Dionysio.

Si fundi nomine, quem vendideras, emtori ab alio mota proprietatis quaestione, alterum fundum pro ejus evictione pignoris hypothecaeve titulo emtionis instrumentis ea lege dedisti, ut quem secundo tradideras, si is, quem vendideras, evictus non fuerit, obtineas, de hoc contra eum, qui moverat quaestionem, lata sententia, emtori parata securitate circa eum, quem obligaveras restituendum, conventionis fidem impleri, si negotium integrum est, Praeses jubebit. J. Kal. Dec. Sirmii. AA. Cons.

---

26) Sie ist gut vertheidigt bei Molinäus n. 361. in f. 362.

Der Fall ist hier folgender: Der Verkäufer eines Grundstückes hatte, als der Käufer von einem Dritten mit der Evictionsklage auf dasselbe war belangt worden, diesem ein zweites Grundstück zur Sicherheit des Verkaufs verpfändet und ausgemacht, es solle dieß zweite, wenn das erste nicht evincirt werde, dem Verkäufer verbleiben; die Eviction fand nicht statt, weil der Evincirende den Prozeß verlor; der Kaiser rescribirt: da durch das Unterliegen des Evincirenden der Käufer genugsam gesichert sey, müsse der Vertrag gehalten, d. h. das zweite Grundstück dem Verkäufer zurückgegeben werden.

Man sieht, die hier entschiedene Frage betrifft unmittelbar die L. C. nicht; allein es wird durch die Entscheidung eine andere Frage veranlaßt, nämlich die, ob, wenn der entgegengesetzte Fall eingetreten, d. h. das verkaufte Grundstück evincirt worden wäre, das verpfändete zweite dem Käufer statt des ersten hätte verbleiben müssen?

Da in der Constitution, welche Justinian durch deren Aufnahme in den Codex zur Seinigen macht, der Vertrag, wodurch das zur Sicherheit des Kaufs verpfändete Grundstück dem Käufer im Evictionsfall überlassen, also für verfallen erklärt wird — nicht für ungültig erklärt wird: so scheint auf den ersten Anblick die Frage bejaht werden zu müssen!

Dadurch würde aber eine Ausnahme der c. 3. C. eod. tit. beigefügt, indem der gebilligte Vertrag nichts anderes ist als eine lex commissoria pignoris.

Die Glosse hält ein pactum dieser Art für gültig; auch Bartolus nimmt an: es werde in der Stelle gebilligt, und erklärt es geradezu für eine lex commissoria, weiß sich aber nicht anders zu helfen, um die Gültigkeit derselben zu rechtfertigen, als zu sagen, die L. C. gelte hier, weil sie ex post facto abgeschlossen, also der Fall des fr. 34. D. 13. 7. vorhanden sey.

Donellus (ad c. 2. C. 8. 35.) läßt sich auf die ganze Frage gar nicht ein, sondern rechtfertigt blos die Entscheidung des Kaisers in dem vorgekommenen Falle. Cujacius legt

alles Gewicht darauf, es sey entschieden worden: nach dem vorliegenden Vertrage hafte das verpfändete Grundstück nicht mehr, weil es blos für den vorgekommenen (also nicht für jeden) Evictionsfall verpfändet gewesen, die Eviction aber nicht eingetreten wäre.

Hotmann [27]) erklärt die Entscheidung der l. 2. h. t. für dunkel, berührt aber die hier aufgeworfene Frage nicht.

Mudäus n. 31, welcher den Fall der c. 2. C. h. t. behandelt und die Stelle auslegt, gehet davon aus, es sey das zweite Grundstück nicht deßhalb verpfändet worden, damit dem Käufer für die ihm zukommende Entschädigung eine Sicherheit geleistet werde, sondern es sey zum ersten unbedingten ein zweiter bedingter Kauf hinzugekommen und kein Grund vorhanden, diesen zweiten Kauf für ungültig zu erklären [28]), der ja offenbar günstig für den Verkäufer sey, indem er ihn von der Verpflichtung zur Evictionsleistung für das unbedingt verkaufte Grundstück befreie [29]).

Auch Giphanius p. 401. Col. I—II. berührt die Frage und erklärt, es sey eine Verabredung dieser Art für kein pactum commissorium, also für gültig zu halten, wie mit Recht Molinäus und nach ihm Mudäus annähmen; es wolle dieß das aus l. 2. zu ziehende Argumentum e contrario.

Allein hierauf erwiedern wir: es erlaubt die c. 3. desselben Titels nicht eine Schlußfolge der Art aus dem Rescript

---

27) Comment. ad Tit. 35. Cod. lib. VIII. l. 2.

28) Er sagt: ita — ut hic in effectu duae erant venditiones diversarum rerum — prior quidem pura — posterior vero sub conditione evictionis rei prius venditae etc.

29) Mudäus kommt in Nr. 39. noch einmal hierauf zurück und zeigt, der Vertrag sey gültig: quod ibi convenerit pignus in solutum dari, non quidem si non solveretur ad diem pecunia debita, sed potius ne illa nnquam solvi deberet et ut ab illius obligatione videretur quodammodo recessum, alia re pro alia promissa, ut jam dici non possit, committi pignora, nisi pecunia solvatur, cujus nulla exspectatur solutio.

im c. 2. zu ziehen. Wir müssen uns genau an die kaiserliche Entscheidung halten; diese betrifft nur einen Fall, in welchem vom constantinischen Verbote nicht die Rede hätte seyn können, wenn auch dieses Verbot schon erlassen gewesen wäre. Die Annahme einer Ausnahme des Verbotes, welche sich lediglich auf ein Argumentum e contrario stützt, wird durch das Nebeneinanderstehen der c. 2. u. 3. in demselben Titel vollkommen widerlegt.

§. 12. Ist der commissorische Vertrag nichtig, wenn er auch erst nach geschehener Verpfändung eingegangen wird?

Schon in der Bearbeitungsgeschichte der Lehre von der Lex commissoria ist gesagt worden, daß bis zum sechszehnten Jahrhundert es die gemeine Meinung war: die Lex commissoria ex intervallo contracta sey nicht ungültig. Durch die Verbindung der fr. 34. D. 13. 7. fr. 45. pr. D. 46. 3. und c. 1. und 2. C. 8. 35. suchten die Glossatoren dieß zu beweisen. Cynus fügte noch c. 13. C. 8. 14. hinzu, auf die sich auch die späteren Commentatoren, namentlich Bartolus, Albericus Rosate und auch Angelus Perusianus (dieser ad l. 3. C. 8. 14.) zur Vertheidigung dieser Ansicht stützten. Die Canonisten [30] und Consiliatores [31] stimmten ihnen bei. Tiraquellus sah wohl die Unhaltbarkeit ihrer Gründe ein, wagte aber nicht von der herrschenden Meinung abzugehen, sondern fügte ihr nur die Beschränkung bei, ein solcher Vertrag sey ebenfalls nichtig, wenn er in fraudem legis eingegangen worden.

---

30) Z. B. Panormitanus.

31) Alexandri consilia VII. 178. Gui Pape, decis. Gratianop. D. VI. Cornei cons. I. 133. Ein besonders treuer Anhänger dieser Ansicht ist Bertrandus cons. V. I. P. I. 134. 254. 347. n. 2. Vol. IV. c. 273 inf. V. VII. c. 159. n. 2.

Dumolin und Pinelus bekämpften sehr kräftig die herrschende Theorie und noch ausführlicher und mit sehr guten Gründen Mudäus [32]), der sie übrigens die **communis opinio hactenus recepta** nennt. Cujacius zeigt blos, daß diese Ansicht nicht auf **fr. 34. D. 13. 7.** gestützt werden könne, und daß die **in solutum datio pignoris** gültig sey [33]). Eine schon früh [34]) z. B. bei Bartolus vorkommende und von Regusantius (**Pars IV. c. 1. n. 6**) vertheidigte Mittelmeinung war die: das **pactum ex intervallo adjectum** nütze **ad retentionem**, nicht aber **ad actionem**, also nur wenn der Gläubiger sich im Besitze des Pfandes befinde und das **pactum legis commissoriae directis**, d. h. nicht **obliquis verbis** geschlossen sey.

Donellus (**de pign. c. 2. in medio**) scheint wieder die Gültigkeit der **Lex commissoria ex intervallo adjecta** zu vertheidigen, weil jetzt der Schuldner sich nicht in der Noth befände. Mit Bestimmtheit sagt er dieß jedoch nicht, sondern beruft sich blos darauf, daß nach **fr. 34. D. 13 7.** u. **c. 13. C. 8. 14** das Pfand dem Gläubiger verkauft oder **in solutum** gegeben werden könne [35]). **Balduinus** (**de pignor. c. 17. in fr.**) sagt dagegen: **recte in solutum dari pure creditori sane potest. — Captiosa vero ea est conditio, cum sub ea pignus in solutum daretur.**

Auch **Faber de erroribus pragmaticorum, Decas XXI. Error 2.** vertheidigt die ältere Ansicht, zeigt aber in

---

32) Nt. n. 20, 21, 22, 23, 26. Mudäus widerlegt die aus fr. 34. D. 13. 7. genommenen Gründe, berücksichtigt aber c. 13. c. 8. 14. gar nicht.

33) Oper. t. VI. p. 611. com. ad libr. sing. Ulpii Marolli ad fr. 34. D. 13. 7.

34) Bei Bartolus ad l. 3. C. 8. 36. und in Alexandri consilia III. 178. 179. bei Leotardus quaest. 70. Mozzius n. 7. u. 12. Gui Pape dec. VI. Bertrand. VII. P. I. n. 254.

35) Eine unbedingte in solutum datio oder venditio vertheidigt Donellus auch in seinem Commentar zum Codex c. 3. c. 8. 35.

seinen **Rational. ad Pandectas**, daß sie nicht auf **fr. 34. D. 13. 7.** gestützt werden könne.

Giphanius **p.** 397—398 bestreitet dieselbe nach Dumolin, führt aus, es sey kein Fall der **ratio cessans** vorhanden und zeigt **l. 45. D. 46. 3.** könne nicht für dieselbe angeführt werden [36]. Die Allgemeinheit des Verbotes Constantins lasse keine Ausnahme zu.

Bachovius, de pignoribus et hypothecis Lib. I. c. 16. n. 4. setzt die Streitfrage gut auseinander, führt zuerst die **communis opinio** mit besonderer Rücksicht auf Bartolus und Negusantius an, dann die Bekämpfung derselben durch Mudäus, spricht sich aber nachher für die ältere Ansicht, also für die Gültigkeit des **pacti commissorii ex intervallo** adjecti aus [37].

Dieß thut auch Hunnius (**variae resolutiones**) **Lib. III. Tract. VII. P. I. quaest. 5.** (editio v. 1616 **p.** 1082).

Brunnemann ad l. ult. C. de pact. pign. n. 7. 8. hält die unbedingte **in solutum datio**, nicht aber einen später geschlossenen Vertrag für gültig [38].

Gothofredus a Jena im **§. XXX.** (**p.** 89 folg.) seiner Dissertation führt die ältere und die ihr entgegengesetzte neue Ansicht auf, vertheidigt dann ausführlich die letzte. Er bestreitet nicht blos die Behauptung: es falle der Grund des Gesetzes weg, sondern auch die, daß deßhalb das strenge Verbot der **L. ult.** hier eine Ausnahme erleiden könne.

---

36) Auf die andern Stellen, die man anzuführen pflegt, nimmt Giphanius keine Rücksicht.

37) In Bertrandi **cons. vol. I. 134. 154. vol. II. P. I. c. 50.** wird ebenfalls der **L. C. in intervallo adjecta** vertheidigt, vorzüglich durch **fr. 34. D. 13. 7. c. 2. C. h. t. fr. 45. D. 46. 3.** mit Berufung auf Bartolus.

38) Als Gegner seiner Ansicht führt er an: **Negusantius, Mascardus conclusiones 441. n. 9.** und **Tiraquellus**; als Autoritäten für sich **Covarruvias n. 8. Mantica, Frentacinquus, Caldus, Tiraquellus** u. a. (Hier ist v **pactum de retrovendendo** die Rede.)

Mantica vertheidigt Tit. X. n. 1—4. die Ausnahme des Verbotes durch die von den Legisten und Canonisten des Mittelalters angeführten Gründe, spricht sich aber nachher n. 5. mit Tiraquell und Covarruvias dagegen aus: weil kein Fall der ratio legis cessans vorhanden sey.

Ebenso Leotardus Quaest. 10. n. 2. und der, beiden folgende, Gonzalez Tellez n. 12. (p. 353).

Merlinus scheint in Nr. 82. die Gültigkeit der Lex commissoria ex intervallo contracta in Schutz zu nehmen, wegen fr. 34. D. 13. 7. und des Wegfallens der ratio legis; allein in n. 83. u. 84. widerlegt er nach Covarruvius diese Gründe und zeigt, daß (was er schon in n. 56. behauptet hatte) das Verbot auch in diesem Falle seine Wirksamkeit haben müsse. Auch Menken th. 29. bekämpft die von der communis opinio hier einst behauptete Ausnahme und zwar nicht blos, weil die ratio legis nicht wegfalle, sondern selbst, wenn dieß der Fall wäre; indem der Grundsatz cessante ratione legis bei dem absoluten Verbot in c. ult. C. 8. 35. keine Anwendung finden könne. Die fr. 34. D. 13. 7. und fr. 45. D. 46. 3. sprächen von ganz andern, hierher nicht gehörigen Fällen, was er in th. 23. für fr. 45. gezeigt habe. Die Zahl der von Menken in den Noten angeführten Autoritäten beläuft sich auf fünfzehn.

Außer diesen sprechen sich noch die meisten Rechtsgelehrten des siebenzehnten und alle Civilisten des achtzehnten Jahrhunderts gegen die Gültigkeit des erst nach der Verpfändung geschlossenen commissorischen Vertrags aus.

Wir führen an:

Harpprecht n. 221—223.
Mästertius q. 6.
Perezius ad c. 3. C. 8. 35. n. 8.
Struv XIII. 7. th. 7.
Lauterbach a. a. O. XXII. 7. u. VII.
Best n. 3. 4.

Voet, ad Pandectas XX. 1. §. 25.
Walch Introductio ad controv. juris Lubec. IV. §. V.
Westphal Pfandrecht §. 260. Not. 292.
Van Muschenbroek p. 655.
Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien B. III. Med. 163.

Im neunzehnten Jahrhundert sind dagegen Glück S. 92 n. 62. und alle Lehrbücher des röm. Rechts.

Die Gültigkeit des später eingegangenen commissorischen Vertrags vertheidigt jedoch Cocceji jus contr. Lib. XIII. tit. 9. q. 9. Er beruft sich auf das Wegfallen der ratio legis und auf c. 13. C. 8. 14, verwirft aber fr. 34. D. 13. 7. als Beweisstelle. Er streitet vorzüglich gegen Struv. Sein neuester Herausgeber Emminghaus vertheidigt in Note 2. die entgegengesetzte Ansicht.

Indem wir nun zur Prüfung der Ansichten über diese Frage übergehen, haben wir zuerst die Stellen anzuführen, auf welche die Vertheidiger dieser Ausnahme des Constantinischen Verbotes sich zu stützen pflegen.

Es sind dieß drei schon erklärte, nämlich fr. 45. pr. D. 46. 3. c. 1. und 2. C. h. t. und zwei noch zu erklärende, nämlich fr. 34. D. 13. 7. und c. 13. C. 8. 14.

Die erste lautet wie folgt:

Marcellus libro singulari responsorum.

Titius, cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset, futurumque esset, ut illud [39] distraheret creditor, quia pecunia non solveretur, petiit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et quum impetrasset, epistolam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. Quaero: an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem et usuras, quae debentur? Marcellus respondit: secundum ea, quae proponerentur, revocare non posse.

---

39) Statt illud kommt auch die Leseart id oder eam vor.

Die zweite ist folgendes Rescript Diocletians und Maximinians:

Cum dominam non minorem viginti quinque annis ea, quae obligaverat tibi, jure dominii possidere permissise, et in solutionem dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit.

Die Ueber- und die Unterschrift der Stelle sind gleichgültig.

Daß aus allen angeführten Stellen die behauptete Ausnahme des Constantinischen Verbotes nicht bewiesen werde, läßt sich leicht zeigen.

1. Was das fr. 45. pr. D. 46. 3. betrifft, so haben wir in §. 11. Nr. I. 3. bewiesen, daß es sich gar nicht auf den Fall einer L. C. bezieht: es darf also weder für noch gegen die behauptete Ausnahme angeführt werden. Ulpians Entscheidung wäre übrigens, wenn man dieß auch annähme, der behaupteten Gültigkeit der L. C. nicht günstig.
2. Ebenso ist nicht zu begreifen, wie man in c. 1. C. die Billigung einer L. C. ex intervallo inita hat finden wollen. Das Pactum des Schuldners „**cessurum se creditoribus hypotheca**" wird ja dahin erklärt, es enthalte keinen Verkauf des Pfandes an die Gläubiger; diese müßten es **communi jure** veräußern. Eine L. C. ist also nicht vorhanden.

   Es läßt sich auch aus der Fassung der Stelle nicht ersehen, daß die Verabredung, von der darin die Rede ist, erst nach geschehener Verpfändung gemacht wurde.
3. Auch aus c. 2. C. h. t. läßt sich die behauptete Ausnahme nicht rechtfertigen; denn wenn man auch die Schlußfolge des oben (§. 11) entwickelten **argumenti e contrario** aus dem Rescripte der Kaiser gelten lassen wollte, so bewiese die Stelle doch nicht: es sey eine L. C. ex intervallo inita gültig. Die Angabe der Thatsachen in derselben widerlegt eine solche Annahme.

4. Das Fragment 34. enthält nichts als die Entscheidung, daß der Verkauf des Pfandes an den Gläubiger von dem Schuldner nicht widerrufen werden könne. Daraus, daß hier eine unbedingte käufliche Ueberlassung der Pfänder an den Gläubiger, gerade als dieser die Veräußerung derselben vornehmen wollte, für unwiderruflich erklärt wird, zog man den weitern Schluß, daß eine nach der Verpfändung geschlossene L. C. gültig sey, weil man diese nämlich gleichfalls für einen Kauf, der obgleich bedingt, doch ebenso gelten müsse, wie jener unbedingte. Daß der Schluß falsch ist, springt in die Augen; denn jede **Lex commissoria** ist ein Kauf, aber ein besonders gestalteter, der, weil er allzuleicht captiös seyn kann, für ungültig erklärt wird. Daraus, daß der Verpfänder das Pfand dem Gläubiger unbedingt verkaufen, d. h. für einen bestimmten Preis überlassen kann, folgt nicht, daß er mit ihm verabreden könne: es solle das Pfand, im Falle die Schuld am bestimmten Tage nicht bezahlt seyn sollte, für den Betrag derselben zufallen. Im Fall des fr. 34. wird die verpfändete Sache nicht einmal für die schuldige Summe, sondern für einen andern bestimmten Preis (**pro certo pretio**) dem Gläubiger überlassen [40]. Dabei ist gar keine **captio** möglich, denn der Ueberschuß muß ja dem Schuldner herausbezahlt werden [41].

---

40) Sehr richtig sagt daher Bachovius I. 16. 4. zu fr. 34: **non in futurum et casum non solutae pecuniae confertur datio in solutum aut venditio, sed praesenti tempore res venditur, et quidem quod praecipuum est non simpliciter, ut pro pecunia accepta res sit emta sed ut pro certo pretio et hoc verisimiliter justo.** Auf diesen letzten Umstand legt auch **Faber Rationalia ad h. l.** alles Gewicht, und würde den Vertrag für ungültig erklärt haben, wenn das Pfand für die Schuld obgleich unbedingt verkauft worden wäre, daß er zu weit geht, braucht kaum gezeigt zu werden.

41 Die Auslegung des fr. 34. D 13. 7. unterliegt keinen besondern

Man könnte, wenn man das fr. 34. für genügend hält, die Gültigkeit der L. C. ex intervallo adjecta zu beweisen, eben so gut dafür fr. 20. §. 3. D. 13. 7. fr. 12. pr. D 20. 5. fr. 9. D. 20. 6. c. 10. C. 4. 24. anführen, in welchen gesagt wird, es könne der Gläubiger vom Schuldner die verpfändete Sache kaufen.

Auf fr. 34. D. 13. 7. stützt sich auch die von Bartolus bis Regusantius von so vielen vertheidigte Ansicht: das pactum commissorium ex intervallo adjectum nütze dem Gläubiger ad retinendum et excipiendum, nicht aber ad agendum, weil in derselben nur gesagt werde: revocari non posse. — Daß auch diese Mittelmeinung sich nicht vertheidigen läßt, ergibt sich aus dem bisher Gesagten, indem das fr. sich

---

Schwierigkeiten; der Text ist jedoch ungenau und bedarf nothwendig einer Verbesserung, die aber, da in den Handschriften keine Varianten sich finden, mit Hülfe der Conjecturalkritik gemacht werden muß, indessen leicht ist. Nach dem jetzigen Texte würde der Gläubiger, d. h. Titius, der das Geld lieh, vom Gläubiger begehrt haben: ut fundum certo pretio emtum haberet. Van Muschenbroek p. 655. schlägt (nach Bynkerskock Observ. I. 22. vor zu lesen: Titius: cui (statt eum) credidisset pecuniam Sempronius statt Sempronio. Man müßte aber noch mehr ändern und statt credidisset nnd accepisset, auch crederet und acciperet lesen. Best p. 4. verbessert nach seinem Lehrer van Eck: Titius, cum ei pecuniam credidisset Sempronius. Die einfachste beste Veränderung ist die nach dem quia pecunia non solveretur, das Wort debitor oder Sempronius einzuschieben, wogegen der vorhergehende creditor füglich wegbleiben kann.

Die Hauptfrage war die: ob der vom Schuldner geschriebene Brief, worin er dem Gläubiger bescheinigt, ihm die Pfänder verkauft zu haben, dem Schreibenden (der das Pfand einlösen will) entgegengehalten werden könne, als Beweis des vollzogenen Verkaufes? Marcellus mußte die Frage unbedingt bejahen.

Der Glosse war die Stelle so wenig klar, daß sie einen doppelten casus legis vorschlägt, zuerst einen, worin ein Dritter, Sejus, die Pfänder kaufte, dann den wirklich angegebenen.

Merkwürdig ist, daß Cujacius am Texte gar nichts rügt; er trägt stillschweigend Sempronius vor das petiit hinein.

durchaus nicht auf die **L. C.** bezieht. Auch müßte bewiesen werden, daß das Constantinische **Edictum** eine **Lex imperfecta** wäre, was sich aus seiner Fassung widerlegt.

5. Was endlich **c. 13. C. 8. 14.** betrifft, auf welche man sich am längsten berufen hat [42], so beweist sie eben so wenig wie **fr. 34. D. 13. 7.** die behauptete Ausnahme des Verbotes. Die Kaiser erklären darin eine von einer nicht minderjährigen Schuldnerin an den Gläubiger gemachte **in solutum datio** des Pfandes für unwiderruflich. Dieß Geschäft kömmt der **Lex commissoria** sehr nah; denn auch diese enthält eine **in solutum datio**, jedoch eine bedingte. Da nun nach **c. 13.** die Hingebung an Zahlungsstatt überhaupt für gültig erklärt wird, so nahm man auch die auf den Fall der Nichtzahlung vom Schuldner an den Gläubiger gemachte der Pfänder für unumstößlich an, und rechtfertigte des Kaisers Entscheidung durch das bekannte **cessante ratione legis, cessat lex ipsa**; denn der später das Pfand so hingebende Schuldner sey ja nicht in der Noth, in welcher der erst um Geld Verlegene sich befinde [43].

Gegen diese Räsonnements lassen sich aber die triftigsten Gründe anführen:

Die **in solutum datio** und die damit verbundene **dominii impetratio pignoris** ist ein unbedingter und ganz freiwilliger Act des Schuldners, den er gewiß nur dann vornimmt, wenn er keiner Gefahr, etwas durch dieselbe zu ver-

---

42) Dieß thut auch Thibaut in den frühern Ausgaben seines Systems.

43) So Bachov, obgleich er den Beweis aus **fr. 34.** verworfen hatte. Er sagt: **Et per c. 13. C. 8. 14. probatur, quod indistincte res in solutum dari possit, nec quidquam interesse videtur; an quis mihi rem ex intervallo in solutum det; an paciscatur ex intervallo, ut non soluta pecunia ego in solutum habeam et retineam.**

lieren ausgesetzt ist; denn wäre er dieß, so würde er den gewöhnlichen Wirkungen der Verpfändung ihren Lauf, d. h. die Veräußerung des Pfandes durch den Gläubiger geschehen lassen. Eine captio kann hier also nicht leicht vorkommen, es finde denn ein Irrthum von seiner oder ein Betrug oder eine Gewaltthätigkeit von Seiten des Gläubigers statt, in welchen Fällen dem Schuldner die allgemeinen Rechtsmittel zu Gebote stehen [44].

Anders verhält es sich bei einer früher vorgenommenen Zusicherung des Pfandes auf den Fall der Nichtzahlung. Vor dem Verfalltag kann der Schuldner sich immer noch in einer drückenden Lage befinden, von welcher der Letzte auf Kosten des Ersten Vortheil ziehen kann. Er kann mit den Zinsen im Rückstand seyn, eine Erhöhung der Schuld oder eine Verlängerung der Zahlungsfrist wünschen, in welche der Gläubiger nur einwilligt unter der Bedingung des commissorischen Vertrags. Ohne besondere Veranlassung wird dieser die Lex commissoria nachträglich der Verpfändung nicht beifügen lassen. Ueberhaupt läßt sich ein Schuldner leichter bestimmen zur Eingehung einer L. C., als zur unbedingten Ueberlassung des Pfandes, weil er immer hofft, es einlösen zu können, und um so leichter kann er in Schaden kommen. Mit Recht bemerkt hier Mudäus: solent homines cautiores esse ad praesens damnum quum ad futurum periculum praecavendum.

Sollte übrigens auch die ratio legis ganz wegfallen [45], so stünde doch die Allgemeinheit und Strenge des Verbotes der l. ult. C. 8. 35. der aus c. 13. C. 8. 14. vertheidigten Ausnahme entgegen; denn die angeführte bedingte datio in solutum des Pfandes für die Schuld ist eine wahre Lex

---

44) Sie werden ihm ausdrücklich zuerkannt in c. 10. C. 8. 28.

45) Es kann ja die ratio legis auch fehlen, wenn im Augenblick der Verpfändung eine lex commissoria abgeschlossen wird, und dennoch wird diese wegen l. ult. C. 8. 35. ungültig seyn. Dieß führt schon Bertrand durch, Vol. II. P. I. cons. 150. an.

commissoria pignoris; der casus legis ist vorhanden, eine Ausnahme aber deßhalb nicht zu gestatten, weil die in c. 13. vorkommende unbedingte in solutum datio eben so verschieden ist von der Lex commissoria, wie der unbedingte Verkauf des Pfandes [46]. Es ist in c. 13. kein commissum vorhanden, der Schuldner wird durch keinen Verfall des Pfandes für seine Saumseligkeit, nicht bezahlt zu haben, bestraft [47].

Mit gleichem Rechte wie aus c. 13. könnte man auch aus andern Stellen, worin die unbedingte in solutum datio gebilligt wird [48], die Gültigkeit der Lex commissoria ex postfacto inita beweisen, auf welche sich zu berufen man jedoch nicht versucht hat.

§. 13. Ist die Lex commissoria wirksam [49] zu Gunsten eines Dritten, z. B. eines Bürgen.

Die vorstehende Frage, mit der wir uns nun zu beschäftigen haben, würde wahrscheinlich nicht aufgeworfen worden seyn, wenn das fr. 81. pr. D. de contrah. emtione

---

46) Unter den Interpreten des Mittelalters ist Angelus de Ubaldis gegen die Vertheidigung der Ausnahme aus c. 13. C. 8. 14.

47) Die Verschiedenheit der unbedingten in solutum datio und der L. C. setzen in ein klares Licht auch Molinäus und Cravetta consilia v. Jahr 1536.

48) Diese Stellen sind fr. 44. initio D. 46. 3. c. 1. C. 8. 20. c. 4. C. 8. 45. In der ersten Stelle heißt es: In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tolluntur; veluti si quis pignus pro debito vendiderit, evenit, ut et ex vendito tollatur obligatio et debiti. Die venditio pignoris pro debito ist eine wahre in solutum datio.

49) In der Regel ist nur vom Bürgen die Rede. Es könnte aber zu Gunsten eines jeden Dritten eine L. C. verabredet werden. Leyser Spec. 158. Corrol. 111. erzählt: Die Helmstädter Juristenfacultät habe einst eine Verabredung für nichtig erklärt, wodurch der Schuldner versprochen hatte, die Sache nicht dem Gläubiger, sondern dem Fürsten zu überlassen.

(18. 1.), welche dieselbe zu bejahen scheint, nicht vorhanden wäre. Es lautet so:

Scaevola lib. VIII. Dig.

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori, sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium, cui promisit: „intra triennium proximum se eum liberaturum, quodsi id non fecerit die suprascripta et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditori [50]) obligaverat.“ Quaero, cum non liberatus sit, Lucius fidejussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supradicta praedia? Respondi: si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

Da diese Stelle auf den ersten Anblick so verstanden werden kann, als billige sie den Erwerb der Pfänder durch den Bürgen für die von ihm bezahlte Schuld, so suchten die Ausleger, die in diesem Sinne sie verstanden, nur die Gründe auf, um eine Ausnahme gegen das Verbot der **L. ult. C.** 8. 35. darin zu rechtfertigen.

Die Glosse [51]) sagt ganz kurz: es sey im Falle des **fr.** 81. **pr.** gar keine **Lex commissoria** vorhanden, weil ja die Grundstücke nicht dem Gläubiger, sondern dem (sie kaufenden) Bürgen überlassen würden. Denselben Grund gibt Odofredus [52]) an.

Regusantius Nr. 7. führt den Fall als die vierte Ausnahme des Verbots der **L. C.** an, nach der **opinio com-**

---

50) So liest Halvander; die Flor. dagegen creditoribus.

51) Glossa ad l. 81. §. 1. D. 18. 1. u. ad c. 1. C. 8. 35.

52) Er gibt seinen Zuhörern das Beispiel eines Studirenden, der seine Bücher versetzte unter der Bedingung, dieselben sollten dem für ihn zahlenden Bürgen zufallen.

munis an, ohne Angabe anderer Gründe als des fr. 81 [53].

Hostiensis stimmt nicht unbedingt der gemeinen Meinung bei, sondern erklärt eine solche Uebereinkunft nur für erlaubt, nisi fuerit fraus de persona in personam. Der Canonist Joannes von Imola geht ganz und gar von der gemeinen Ansicht ab, ihm folgen einige andere [54]. Dumolin erklärt die Stelle aus l. 16. §. 9. D. 20. 1., d. h. von einem Ueberlassen der Pfänder an den Bürgen pro justo pretio [55]. Von nun an streiten sich die Interpreten fast alle nur darüber: ob in der von Scävola erklärten Clausel: ut emta habeat, die stillschweigende Voraussetzung „pro justo pretio" enthalten sey oder nicht?

Covarruvias Var. resolut. lib. III. c. II. n. 7. 8, der unsre Frage ex professo behandelt, vertheidigt Dumolin's Ansicht gegen die frühere communis opinio und wird in der Folge ein Hauptgewährsmann der Gegner dieser letzten. Mudäus n. 13—19. vertheidigt mit großer Feinheit [56] diese wieder, jedoch mit der Beschränkung des Hostiensis, nisi fraus legi fiat. Donellus übergeht in seinem Tractatus de pignoribus et hypothecis diese Frage, behandelt sie aber im Commentar zur l. ult. C. 8. 35. und spricht sich dahin aus: der Vertrag, es solle der zahlende Bürge die Pfänder erhalten, sey keine L. C. und deßhalb nach f. 81. pr. D. 18. 1. erlaubt. Balduin, der den Vertrag,

---

53) Seine Gewährsmänner sind: Bartolus, Baldus, Salicetus, Panormitanus, Alexander Tartagnus Cons. VII. c. 178. n. 7.

54) S. Mudäus N. 13.

55) Er greift alle im §. 3. angeführten Distinctiones der Doctoren als falsch an, worunter unser Fall die erste ist, und sagt: Primum non est vera, quia praedia emta sunt justo pretio, quod subintelligitur, cum simpliciter sint emta. Plus dico: haec conventio non nisi pactum de vendendo est debitor quovis tempore offerendo sortem, moram purgare potest.

56) Er beleuchtet mit besonderem Scharfsinn das fr. 81. pr. D. 18. 1. wie wir sogleich näher angeben werden.

es solle im Nichtzahlungsfalle das Pfand dem Gläubiger verkauft seyn, deßhalb für gültig hält, weil darin ein **justum pretium** stillschweigend festgesetzt sey, erklärt sich auch für die Wirksamkeit einer solchen Verabredung mit dem Bürgen, und führt dafür unsre Stelle an, die er jedoch keiner Interpretation unterwirft. Seine Ansicht nimmt später Jacobus Gothofredus (p. 294. Col. **B.**) an.

Pinelus und Cujacius [57]) erklären **fr. 81. pr.** auf eine andere Weise, indem sie herausheben: Scävola habe blos eine faktische Frage entscheiden wollen, nämlich die: ob die Contrahenten im dort angeführten Falle einen Verkauf oder eine Uebertragung der Pfänder als solcher an den zahlenden Bürgen abgeschlossen hätten, die er dann der Fassung des Vertrages wegen für einen Verkauf erkläre. Die weitere Frage, ob dieser unter das Verbot der **L. C.** falle, könne aus dieser Stelle gar nicht entschieden werden, indem hier dieselbe nicht berührt werde. Cujacius nimmt auch an: es sey bei diesem Verkauf an den zahlenden Bürgen ein bestimmter Preis festgesetzt gewesen, und zwar aller Wahrscheinlichkeit nach der Betrag der vom Bürgen bezahlten Schuld; es sey übrigens das Grundstück dem Bürgen nicht verpfändet gewesen. Dem Cujacius nähert sich Bachovius (**de pign. et hypoth. I. XVI. 5. 6.**), der davon ausgehet: Scävola habe nur die Frage: ob ein Verkauf oder eine bloße Cession der Pfänder verabredet gewesen sey, behandelt, und zwar zu einer Zeit, wo man an das Verbot der **L. C.** noch nicht hätte denken können. Die Frage also: ob eine **L. C.** zu Gunsten des zahlenden Bürgen gültig sey, könne gar nicht aus fr. 81. entschieden werden, sondern nur aus **l. ult. C. de pactis pign.** Nach dieser müsse aber eine Ausnahme des Verbotes zu Gunsten des Bürgen durchaus verworfen werden. Er sieht jedoch in fr. 81. keinen Kauf pro

---

57) Opera t. VII. zu Lib. XVIII. Dig. p 732.

justo pretio, sondern für die bezahlte Schuld. Giphanius **p.** 398 hält die alte **communis opinio** schon durch Dumolin für widerlegt, erklärt aber das **fr. 81. pr.** für zu dunkel, als daß auf dasselbe eine Entscheidung der hier obwaltenden Streitfrage gestützt werden kann [58]). Er erklärt übrigens die Stelle gut, nimmt jedoch einen Kauf **pro justo pretio** an. Faber vertheidigt die Ausnahme des Verbotes zu Gunsten des Bürgen zweimal, zuerst in dem Werke **de erroribus pragmaticorum Dec. XXI. E. 5.** aus schlechten Gründen und wird von Bachovius deßhalb hart mitgenommen; dann in den **Rational. ad Pandectas**, wo er zu beweisen sucht, Justinian habe in **fr. 81. pr.** ein **jus singulare**, jedoch nur zu Gunsten des Bürgen, und nicht jedes andern Dritten einführen wollen [59]). Die Unhaltbarkeit einer solchen Behauptung verdient eben so wenig eine Widerlegung, wie die Rechtfertigung derselben durch die Bemerkung: „ein Bürge sey ein weniger harter Gläubiger als der ursprüngliche, und dürfe sich eine Belohnung für seinen Freundschaftsdienst versprechen lassen [60]). Der Schuldner habe es sich selbsten zuzuschreiben, wenn er einen ihm nachtheiligen Vertrag eingehe."

Die **Communis opinio** vertheidigt (nach Regusantius) später Mozzius wieder. Dagegen verwerfen sie Mantica **tit. X. n. 35—36**, Leotardus **Quaest. 70. n. 13**, Gonzalez Tel-lez [61]) **n.** 13. und Merlinus **n.** 80—81, der letzte Covarruvias folgend; ihnen stimmt der Com-

---

58) Ihm folgt hierin im J. 1834 Kritz in seinen Erläuterungen B. I. S.

59) Rationalia ad Pand. t. V. p. 323—324.

60) Dieß sagt auch Mudäus.

61) Leotardus und Gonzalez Tellez legen nach Cujacius und Pinelus das fr. 81. pr. dahin aus: Scävola entscheide blos, es könne der zahlende Bürge auf die Vollziehung des Kaufes klagen; si non solverit in causam obligationis; es stände jedoch dem Schuldner das Einlösungsrecht zu. (??)

mentator des letzten **de Faria** (**Novae addit. ad Covarr. varias resolut. III. 11. n. 7, p. 22.** in der Genfer Ausgabe von 1726) bei, unter Anführung vieler Auctoritäten für und gegen die behauptete Ausnahme des Verbotes der **lex commissoria** zu Gunsten des Bürgen. Auch die meisten deutschen Praktiker des siebenzehnten Jahrhunderts bekämpfen dieselbe, wie Harpprecht [62]), Lauterbach **XIII. 7. §. VII. n. 6**, Struv **XX. 1. n. VII.** u. E., später auch Cocceji **Q.** 8. Endlich verwerfen sie Mästertius 9. 12, Gothofredus v. Jena §. 33, und Menken th. 16 [63]). Für die Ausnahme ist Brunnemann zu **fr. 81. pr. D. 18. 1.** Auch die Rechtsgelehrten aus der holländischen Schule sprechen sich gegen die behauptete Ausnahme aus. **Voët ad Pand. XXI. n. 25**, der von gar keiner Ausnahme des Constantinischen Verbotes wissen will, schlägt den aus fr. 81. für den Bürgen geholten Beweis dadurch nieder, daß er sagt: die Stelle sey entweder durch **c. 3. C. 8. 35.** aufgehoben, oder sie handle gar nicht von der **L. C.**, sondern von einem Verkauf der Pfänder für einen billigen Preis. Best sucht diese letzte Meinung in Nr. 7—12 seiner kleinen Abhandlung **de lege commissoria** zu vertheidigen durch eine, wie wir zeigen werden, ganz unrichtige Auslegung des fr. 81, welche Glück zu der seinigen gemacht hat. Best wird hier von seiner gewöhnlichen Feinheit deßhalb im Stich gelassen, weil er zu fein seyn will. Van Muschenbroek p. 656 wiederholt die Ansichten und Erklärungen von Bachovius und Jac. Gothofredus.

In Schulting's Noten zu **fr. 81. pr. D. 18. 1.** (B. **III.** S. 487) steht eine kurze, aber seine Meinung hinlänglich aussprechende Bemerkung: **Ergo hic non agitur de**

---

62) Zu §. 4. L. 3. 15. n. 219. der in fr. 81. auch einen Kauf pro justo pretio annimmt.

63) Sie nehmen alle in §. 81. einen Kauf pro justo pretio an.

lege commissoria pignoris, sed pignora creditori obligata, sub conditione fidejussori venduntur. De justo pretio nil video. Nur beruft sich Schulting auf Best und setzt noch hinzu: Aliter Pinelus; von Faber Error. Pragmat. Dec. XXI. 5. sagt er: saepe halucinatur.

Unter den deutschen Rechtsgelehrten aus dem Ende des vorigen und von diesem Jahrhundert sind folgende besonders anzuführen:

1. Westphal, der das Verbot der l. ult. C. de p. p. auch gegen den Bürgen annimmt, und fr. 81. pr. historisch erklärt, so daß, wenn es der l. ult. entgegen seyn sollte, nicht beachtet werden solle [64].

2. Emminghaus in seinen Anmerkungen zu Cocceji's jus controversum t. II. p. 257, der, weil das commissum fehle, im Falle des fr. 81. pr. kein pactum commissorium findet [65].

3. Weber und die ihm folgenden Gönner [66], Seuffert und Mühlenbruch, die, da sie einen weiteren Begriff der lex comm. annehmen, auf jeden Fall in fr. 81. pr. eine solche voraussetzen, aber die Stelle durch c. ult. C. 8. 35. für gänzlich antiquirt halten.

4. Thibaut, der in den frühern Ausgaben seines Pandektensystems §. 649 (nach Glück p. 103. n. 99) auch hier die L. C. für verboten gehalten hatte, erklärt später (in der 7. u. 8. Ausg. hier in §. 795), es sey kein ungültiger commissorischer Vertrag, wenn bei der Verpfändung ausgemacht würde, die Sache solle dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen zufallen. v. Wening §. 173. N. m. war derselben Meinung; sein neuester Bearbeiter dagegen (e. A.)

---

64) Versuch der Röm. Gesetze v. Pfandrecht S. 381 in der Note bei Nr. 8. Er bekämpft Donellus.

65) Er scheint übrigens den Fall des fr. 81. pr. wie Coccji selbst dem in f. 16. §. 9. D. 20. 1. zu assimiliren.

66) Abhandlungen B. I S. 121. S. ob. §. 6.

hält nur dann einen solchen Vertrag für erlaubt, wenn das Pfand für einen billigen Preis dem Bürgen überlassen werde. Seine Gewährsmänner sind Gesterding §. 32, Glück S. 99, und Sintenis 258. Thibaut's andre Meinung wird angeführt; Gesterding S. 234—235 sagt jedoch mehr: er hält jeden bedingten Kauf dieser Art zu Gunsten des Bürgen für gültig, einerlei, ob für den Betrag der Schuld oder für einen andern billigen Preis. Auf eine genaue Interpretation des fr. 81. pr. gehet Gesterding nicht ein. Ausdrücklich verwirft dagegen Sintenis die Gültigkeit der lex commissoria zu Gunsten des Bürgen, versteht daher auch fr. 81. pr. von einer emtio pro justo pretio wie in fr. 16. §. 9. D. 20. 1.

Herr Hofr. Fritz spricht seine Ansicht über fr. 81. pr. noch bestimmter in seinen Erläuterungen zu Wening's Lehrbuch B. I. S. 477 aus. Die Stelle scheint ihm nicht ganz klar und beweist nicht mehr als: daß der Bürger das Pfand unter der angegebenen Bedingung kaufen kann. Da dieses nun ohne Bestimmung des Preises der Pfandgläubiger selbst thun könne, so sey es so gut, als wenn die Stelle gar nicht vorhanden wäre, und dieses angenommen sey die lex comm. zu Gunsten des Bürgen eben so zu verwerfen, wie die zu Gunsten des Gläubigers, da sie gleichviel gegen sich habe (S. 478). In Göschen's Vorlesungen §. 347. ist die ganze Streitfrage übergangen. v. Teubern im §. 18. gibt die Meinung Glück's an und was fr. 81. betrifft, die von diesem angenommene Erklärung von Best wieder.

Keiner dieser Rechtsgelehrten versucht eine genaue Interpretation des fr. 81. pr. Nur Glück S. 101—102 gibt, wie bemerkt, eine solche, nämlich die von Best an, eine leider mißlungene. Nach derselben hat Scävola die Frage untersucht, ob die Verabredung in der Stelle zum Zwecke gehabt habe, dem Bürgen die Pfänder für einen billigen Preis käuf=

lich zu überlassen, oder für die Schuld? [67]) Im letzten Falle wäre der Vertrag nichtig gewesen; allein Scävola habe den ersten Fall angenommen.

Es ist von der größten Wichtigkeit, das fr. 81. pr. mit Genauigkeit und Schärfe zu interpretiren, bevor man irgend eine Ansicht über die Gültigkeit einer zu Gunsten des Bürgen eingegangenen lex commissoria aufstellen kann. Gehen wir näher darauf ein.

Der in der Stelle enthaltene Fall ist der, daß ein Schuldner 1. Pfänder gab, 2. einen Bürgen bestellte, 3. mit diesem den Vertrag abschloß; es sollten, wenn dieser zur gehörigen Zeit nicht befreit würde, und für den Schuldner zahle, die verpfändeten Güter ihm verkauft seyn. Dieser Vertrag war kein Nebenvertrag der Verpfändung, sondern ein eigener durch Stipulation eingegangener, wie die Worte promisit und jussit esse empta beweisen [68]).

Zerlegen wir die Stelle, um das Gewisse vom Zweifelhaften zu unterscheiden:

1. Gewiß ist es, daß Scävola nicht die Frage entscheiden wollte: ob ein erlaubter oder ein unerlaubter Nebenvertrag, d. h. ein bedingter Kauf pro justo pretio oder eine verbotene lex commissoria im Falle des Gesetzes eingegangen war; denn die lex commissoria war ja noch eben so rechtsgültig, wie jeder andre bedingte Kauf. Glück S. 102 hat, indem er von dieser Voraussetzung ausgehet, sich vollkommen geirrt.

2. Aus dem ganzen Hergang gehet hervor, daß der Jurist die Frage, über die er angegangen worden war, weniger

---

67) Jenes ist durch das ut emta habeat gesagt; dieses soll durch die Worte: si non in causam obligationis angedeutet seyn.

68) Die Formel der Stipulation könnte folgende gewesen seyn: An me intra triennium proximum liberaturum te promittis? — An si id non feceris die supra scripta et ego creditori debitum solvero, praedia obligata mihi emta esse jubes?

als eine Rechtsfrage, denn als eine quaestio facti ansieht, bei der es auf die Absicht der contrahirenden Personen ankömmt. Daher die alternative Beantwortung: si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est. Er nimmt also zwei Fälle für möglich an. Zweifelhaft ist nur, welches diese Fälle sind, namentlich:

1. was er mit dem si non ut in causam obligationis sagen will, und
2. ob das sed ut emta sint heißen soll: ut emta sint praedia pro debito a fidejussore soluto oder pro justo pretio?

Zur Lösung beider ist nöthig, die eben angeführte Phrase, welcher das Zeitwort fehlt, zu ergänzen. Dieß kann auf eine doppelte Weise geschehen: 1. entweder so, daß man das Zeitwort convenerit [69]) (oder stipulatus sit) unterstellt, oder 2. das Zeitwort solverit [70]). Je nachdem man das eine oder das andere voraussetzt, wird die Entscheidung Scävola's eine andere seyn. Prüfen wir daher beide Ergänzungsweisen.

I. Nach der ersten wäre also zu lesen: si non convenerit, ut in causam obligationis, sed ut emta habeat supradicta praedia, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem.

Das responsum Scävola's enthielte also eine Auslegung des ursprünglichen Vertrags und nicht des Zahlungsaktes, die dahin ginge: im vorliegenden Falle hinge alles von der Absicht der Contrahenten ab; sey diese die gewesen: ut fidejussor emta habeat praedia, so sey ein bedingter Kauf

---

69) Dieß scheint neuestens noch der deutsche Uebersetzer des fr. 81. pr. D. 18. 1. anzunehmen. Am besten erklärt nach dieser Ergänzung die Stelle Gibbalinus de Usuris p. 429—430.

70) Dieß thun unter andern Mudäus und Giphanius (dieser S. 398).

abgeschlossen, welcher im Augenblick der Tilgung der Schuld durch den Bürgen perfect, d. h. unbedingt geworden; wäre dagegen der Wille der Contrahenten der gewesen: **ut fidejussor in causam obligationis habeat ista praedia**, so sey kein solcher Kauf abgeschlossen. Was dann aber für ein Vertrag anzunehmen sey, wäre in der Stelle nicht angegeben, könnte aber aus den Worten **ut in causam obligationis** abgeleitet werden, nämlich so, daß man

1. entweder die Verabredung annähme: der zahlende Bürge solle **in causam obligationis** der Besitz der verpfändeten Grundstücke, also bis zu seiner Befriedigung ein Retentionsrecht an denselben haben [71];
2. oder die: es sollen dem Bürgen vom Augenblicke der von ihm geleisteten Zahlung an, die Grundstücke selbst verpfändet seyn.

Die letzte Auslegung ist die des Bachovius [72].

Gegen diese Annahme haben wir zu bemerken:

---

71) Es ergibt sich aus fr. 32. pr. D. 3. 5. fr. 2. u. fr. 26 pr. D. 20. 1, daß die Bürgen nicht selten im Augenblicke, wo sie zahlten, sich in den Besitz der Pfänder setzen ließen, um sich an diese zur Sicherheit ihres Regresses zu halten. Dieß konnten sie in Folge des beneficii cedendarum actionum. S. die in der Nr. 8. angeführten Stellen.

72) Es sagt dieser: Verum ea mens Jcti non est (d. h die Fabersche Supposition) sed haec, quod inter debitorem et fidejussorem dupliciter convenire possit, vel ut, si solverit pecuniam praedia, quae oppignerata erant, creditori ipsi incipiant esse obligata eodem jure, vel ut non sint obligata, sed fidejussor ea pro pecunia soluta sibi habeat emta.

Ganz unklar übersetzt in der von Sintenis gemachten deutschen Ausgabe des Corpus Juris unsre Stelle Herr Tritschke indem er sagt:

Das Gutachten lautete: wenn der Kauf nicht als auf den Grund der Pfandverbindlichkeit, sondern dergestalt, daß ein wirklicher Kauf eintreten solle, bedingt abgeschlossen worden ist, so werde dadurch eine Verbindlichkeit contrahirt! (Was soll das heißen?)

a. daß in causam obligationis habere zur Bezeichnung einer Verpfändung nicht vorkömmt, und daß

b. um dem zahlenden Bürgen ein jus retinendi, ja selbst ein Pfandrecht zur Sicherheit seines Regresses zu verschaffen, es keines Vertrags mit dem Schuldner bedarf; denn durch den Gebrauch des beneficii cedendarum actionum verschaffte er sich beides [73]. Die in der Absicht gemachte Zahlung, ut in causam obligationis praedia habeat, übertrug ihm ja, wenn er jenes beneficii sich bediente, das Pfandrecht des Gläubigers. Eine Verabredung oder stipulatio, deren Zweck gewesen wäre, den zahlenden Bürgen ein Retentions- oder ein Pfandrecht auf die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke zu verschaffen, darf als eine überflüssige daher nicht vorausgesetzt werden.

Ueberhaupt halten wir die Ergänzung der Stelle durch convenerit oder stipulatus sit für verwerflich und zwar aus folgenden Gründen:

1. Ist es ungrammatikalisch und eigenmächtig, die Phrase durch ein hineingedachtes convenerit zu vervollständigen Denn eine conventio ist ja nicht abgeschlossen worden, sondern eine Stipulation. Es müßte stipulatus sit gesetzt werden. Diese Worte hätte aber Scävola gewiß ausdrücklich eingerückt, wenn er eine Auslegung des Vertrags hätte geben wollen, weil diese Worte sich nicht von selbst verstehen, also nicht stillschweigend supplirt werden können.

2. Steht unsre Phrase so ferne von der Stelle, worin die Stipulation aufgeführt wird, und so sehr außer Verbindung mit ihr, daß es weder grammatikalisch noch logisch möglich wird, die Antwort des Juristen auf die Stipulation zu beziehen. Grammatikalisch kann nur das zunächst vorhergehende, in der Frage vorkommende solverit stillschweigend hier in der Antwort angenommen werden.

---

73) Dieß ergibt sich aus c. 2. 14. 21. C. 8. 41.

3. Wollte man indessen dieses thun, so unterschöbe man Scävola die Entscheidung einer ganz unbezweifelten Sache und zwar auf eine triviale, nichts sagende Weise. Denn daß ausgemacht war: **ut emta sint praedia, si fidejussor intra triennium solverit**, ist gewiß; dieß ist ja gerade die **species facti.** Man darf also nicht annehmen: der Jurist habe für nöthig gehalten zu sagen: **si convenerit, ut emta sint, praedia emta sunt.** Das verstand sich ja von selbst. Eine **quaestio voluntatis** über den Sinn der Stipulation kann ja nicht einmal erhoben werden, denn die im Eingange des **fr. 81. pr.** genau angegebene Stipulation ist klar und unzweideutig [74]; sie bedarf keiner Auslegung. Nur darüber konnte Zweifel entstehen, ob die vom Bürgen geleistete Zahlung in jedem Falle die Wirkung habe, die Grundstücke als verkauft an den Bürgen zu bringen. Denn dieser konnte ja auch in einer ganz andern Absicht zahlen, als in der: dieselben zu kaufen, nämlich in der: den Gläubiger zu befriedigen auf die von ihm übernommene Bürgschaft hin (**in causam obligationis**) und unter Vorbehalt seines Regresses gegen den Schuldner. Daraus, daß der zahlende Bürge sich den Erwerb der Pfänder auf den Zahlungsfall stipulirt hatte, folgte also für diesen noch nicht die Verbindlichkeit, sie zu kaufen. Da die Zahlung entweder **animo solvendi** oder **animo praedia emta habendi** gemacht werden konnte, so mußte Scävola eine alternative Entscheidung geben. Schon hieraus ergiebt sich also: daß die Ergänzung der Phrase durch ein unterstelltes **solverit** der durch **convenerit** oder **stipulatus sit** vorzuziehen ist; wir wollen sie nun genauer untersuchen.

II. Nach derselben wäre die Phrase, welche Scävola's Entscheidung enthält, vervollständigt so zu lesen:

> **Quaero, cum non liberatus sit, Lucius fidejussor a Titio: an si solverit creditori emta habeat supradicta praedia? Respondi: si non solverit, ut in**

---

74) Es heißt ja **emta esse jussit.**

causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam (oder vielleicht non contractam) esse obligationem.

Scävola würde hiernach sagen: wenn der Bürge in der Absicht zahlte, um die verpfändeten Grundstücke käuflich an sich zu bringen, so ist ein bedingter Kauf geschlossen u. s. w.

Hat er aber nicht in der Absicht bezahlt, sondern ut in causam obligationis ... so ist dieß nicht der Fall [75]. Hier bleibt dann die weitere Frage übrig: welches diese andere jener entgegengesetzte Absicht gewesen seyn könnte? Obgleich die Beantwortung derselben für die Auslegung der Stelle, was die Hauptsache betrifft, gleichgültig ist, so wollen wir sie doch versuchen. Es ist hier eine doppelte grammatische Interpretation dieser Abtheilung unserer Stelle möglich, nämlich:

1. die, wornach das ut für wie oder als genommen und das am Ende des Satzes stehende habeat gar nicht darauf, sondern blos auf das ut emta bezogen wird. Scävola sagt dann: si non ut in causam obligationis solverit, sed ut emta habeat supradicta praedia, d. h. wenn der Bürge nicht auf den Grund der Schuld hin zahlte, sondern um die Grundstücke käuflich an sich zu bringen, so u. s. w.

2. Man kann aber auch das erste ut für daß oder damit nehmen und das habeat mit regieren lassen, wo es dann heißt: si non solverit, ut in causam obligationis habeat praedia, sed ut emta sint etc., d. h. wenn er zahlte, nicht

---

75) Giphanius S. 399, der ebenfalls das Zeitwort solverit supplirt, sagt: Videtur animus fidejussoris solventis pro debitore ita colligi posse, ut si solverit animo repetendi, quod solvit, ab ipso debitore, hoc casu non sentiatur contracta emtio; sed si solverit eo animo, ut pecunia a se soluta creditori, cedat debitori in locum pretii pro praediis, jam censetur contracta emtio

um die Grundstücke auf den Grund der Schuld hin, sondern als ihm verkauft zu haben, so u. s. w.

Welcher Bedeutung des ut man huldigt, der Sinn der Bedeutung Scävola's ist immer der: wenn der Bürge nicht der Schuld wegen, also um seiner übernommenen Verbindlichkeit als Bürge zu genügen, zahlte, sondern in der Absicht den Kauf zu vollziehen, so sind die Grundstücke ihm verkauft u.s.w.[76]; also wenn er nicht die Absicht hatte, das Gezahlte vom Hauptschuldner wieder zurückzuforderen, sondern um als Kaufpreis es dem Empfänger für den Verkäufer zu lassen.

Die erste si non ut in causam obligationis [77] solverit hebt alle Schwierigkeiten der Stelle am leichtesten, und macht die weitere Untersuchung, was es heiße: si solverit ut in causam obligationis supradicta praedia habeat, unnöthig. Da grammatikalisch gegen dieselbe nichts einzuwenden seyn möchte, so sind wir geneigt, ihr über die andere den Vorzug zu geben.

Indessen welcher Version man anhängt, Scävola's Entscheidung ist stets [78] dieselbe, indem er den ihm in fr. 81.

---

76) Mudäus suchte beide Auslegungen zu verbinden, indem er n. 14. die Stelle so auslegt:
In causam obligationis intelligitur solutum, si fidejussor solvisset animo repetendi a debitore, ut ipsum debitorem habeat obligatum. Derselbe sagt in Nr. 15: Et idcirco distinguit, quo animo solverit fidejussor creditori: an ut in causam obligationis habeat pignora, h. c. ut ei obligata essent cum debitore simul ad restituendum quod solverit, an vero etc.

77) Causa obligationis ist eine Art sich auszudrücken, wie causa pignoris in fr. 1. §. 2. D. 20. 1. u. Pauli rec. sent. II. 13. 4.

78) Wie wäre, wenn man auch das erste ut mit daß übersetzte, die Phrase si non solverit, ut in causam obligationis habeat praedia zu interpretiren? Man müßte beim Zahlenden die Absicht voraussetzen, die verpfändeten Grundstücke zu erhalten, jedoch nicht als ihm verkauft, sondern in causam obligationis. Er mußte also die Absicht haben, dieselben

pr. vorgelegten Fall so auffaßt: Der zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen abgeschlossene Vertrag: es solle dieser, wenn er von jenem binnen 3 Jahren nicht befreit werde, und die Schuld dem Gläubiger bezahlte, die diesem verpfändeten Grundstücke als gekauft erhalten, gebe dem Bürgen das Recht, diese käuflich an sich zu bringen durch die von ihm ausgehende Befriedigung des Gläubigers. Damit aber dieß geschehe und ein Kauf wirklich zu Stande komme, sey es nöthig, daß der Bürge in der Absicht die Zahlung leiste, die verpfändeten Grundstücke käuflich zu erhalten; thue er es nur in der Absicht, seiner von ihm als Bürgen übernommenen Verbindlichkeit Genüge zu leisten, so trete jene Wirkung der Zahlung nicht ein.

Was die letzten Worte der Stelle betrifft: contractam esse (oder non esse) obligationem, so lassen sie sich nach beiden Lesearten genügend erklären. Der Jurist sagt nämlich entweder (wenn man mit allen Handschriften und Ausgaben contractam esse) liest: es sey der Schuldner gebunden, d. h. der zwischen ihm und dem Bürgen verabredete und nun durch die Absicht, ihn zu verwirklichen abgeschlossene Kauf sey ein unauflösliches obligatorisches Verhältniß und es könne folg-

---

zu besitzen und zwar der Schuld wegen (in causam obligationis). Dieser Besitz könnte (wie schon oben S. 98—99 gesagt ist) nur einen doppelten Zweck haben, entweder ihm ein Retentionsrecht in denselben zu verschaffen, oder ein Pfandrecht. Beides war möglich; jenes nach den oben angeführten Pandektenstellen fr. 32. pr. D. 3. 5. u. f. 2. D. 20. 1., aus welchen sich ergibt, daß der Bürge, der nach geleisteter Zahlung die Pfänder erhalten hat, nur mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria belangt werden konnte, nicht mit der actio pigneratitia; dieses nach c. 1. 14. 21. C. 8. 41., jedoch nur in Folge des beneficii cedendarum actionum. Da Scävola sich nur sehr allgemein ausdrückt, so läßt sich (der Text so gelesen) durchaus nicht sagen, ob er durch das in causam obligationis habeat, das eine oder das andere habe andeuten wollen.

lich keine Einlösung der verkauften Grundstücke mehr verlangt werden.

Will man mit Mudäus [79]) ein non in den Text hineinschieben, so läßt man Scävola sagen: es ist ein bedingter Kauf, nicht aber eine bloße Verbindlichkeit des Schuldners oder eine Verpfändung der Grundstücke an den Bürgen vorhanden.

Wir verwerfen aber diese Textverbesserung unbedenklich, weil sie

a. sich auf keine Handschrift stützt,
b. nicht nöthig ist, und weil
c. die Erklärung der Phrase in dem gewöhnlichen befriedigender ist [80]).

Gegen die nun unter Nr. II. entwickelte Auslegung der Stelle mit der Ergänzung solverit läßt sich allerdings die Einwendung machen: Scävola drücke sich uneigentlich aus, wenn er sage: sub conditione emtio facta est; denn da der Bürge schon gezahlt hat, so ist kein bedingter, sondern ein unbedingter Kauf vorhanden, und folglich die Ergänzung si convenerit besser. Diese Einwendung läßt sich aber, wie uns dünkt, durch die Bemerkung beseitigen: der Jurist habe sagen wollen, es sey ein bedingter Kauf abgeschlossen gewesen, der nun dadurch, daß der Bürge in der Absicht zahlte, nicht blos seiner Verbindlichkeit als Bürge nachzukommen, sondern um die Grundstücke gekauft zu erhalten, vollkommen perfect geworden sey.

Damit hebt sich auch der weitere Zweifel, welcher, wie

---

79) Er sagt in Nr. 17: Verisimile est in Scaevolae responso, quod addi deberet, ut legamus: non contractam esse obligationem, quasi semper alterutrum faciat solutio videlicet emtionem, si solverit in pretium pignoris, vel obligationem debitoris si solverit animo repetendi a debitore. Utrumque simul operare una eademque solutio non potest.

80) Auch Giphanius S. 899 verwirft die Emanudation.

wir sehen, von jeher die Ausleger des fr. 81. pr. D. 18. 1. so sehr beschäftigt hat; ob der Preis der verkauften Grundstücke der Betrag der bezahlten Schuld oder ein stillschweigend vorausgesetztes justum pretium sey?

Weil Scävola sagt: emtio facta est, und contractam esse obligationem, so ist ein vollkommen abgeschlossener (wenn auch ursprünglich bedingter) Kauf anzunehmen, also einer, worin ein pretium certum et definitum, also nicht erst ein justum pretium adhuc aestimandum vorkömmt. Ein pretium certum ist aber nur vorhanden, wenn es im Betrage der verbürgten Schuld bestand [81]). Man führe dagegen nicht das fr. 16. §. 9. D. 20. 1. an; wo von dem pactum in einem Pfandvertrag: ut emtor jure emtionis possideat rem justo pretio tunc aestimandum gesagt wird: hoc enim in casu videtur quodammodo conditionalis est venditio; denn dieß pactum wird nicht für einen Kauf, sondern für den einem solchen sich annähernden Vertrag erklärt; denn, wie schon gesagt ist (B. 24. S. 326), galt diese Verabredung als pactum contractui bonae fidei in continenti adjectum, als lex pignoris und ist als solche wirksam und klagbar. Cujacius und Schulting scheinen uns also, was den im fr. 81. pr. vorausgesetzten Kaufpreis betrifft, ganz Recht zu haben.

Dieses letzte Resultat unserer Auslegung des fr. 81. pr. D. 18. 1. wird nun freilich auf den ersten Anblick für sehr sonderbar gehalten werden, weil es dahin zu gehen scheint; es werde durch diese Pandektenstelle eine zu Gunsten des Bürgen verabredete lex commissoria pignoris für gültig und wirksam erklärt, also der l. ult. C. 8. 35. eine Ausnahme beigefügt [82]). Die communis opinio des Mittelal-

---

81) Dieß nehmen an Cujacius, Mudäus, Schulting. Einen Kauf überhaupt für einen bestimmten nicht genannten Preis setzt Siphanius p. 402 voraus.

82) Dieß Resultat zieht auch Mudäus in Nr. 17. aus fr. 81. pr·

ters und die neueste Ansicht Thibaut's wären gerechtfertigt.

Wir sind aber weit entfernt, diese Folgerungen aus unserer Interpretation der Stelle zu ziehen. Kein logischer Schluß zwingt uns dazu. Was hat Scävola in seinem responsum entschieden? Offenbar nur die Frage: ob der zahlende Bürge durch die Vornahme der Zahlung gekauft habe? Da der Abschluß eines Kaufes von der Absicht abhängig ist, mit der derselbe die Zahlung leistete, so sagt Scävola nichts anderes als: ob der Bürge gekauft habe, hänge davon ab, ob er in der Absicht, die Grundstücke käuflich an sich zu bringen, oder bloß seiner Verbindlichkeit als Bürge nachzukommen, bezahlt habe. Mit andern Worten: Scävola erklärt, es sey hier eine reine quaestio facti vorhanden, nämlich die, man habe auszumitteln, welches die Absicht des zahlenden Bürgen gewesen sey! Diese Entscheidung enthält durchaus nicht die Erklärung: eine zu Gunsten des Bürgen verabredete lex commissoria sey wirksam.

Der Umstand, daß der Kaufpreis hier im Betrage der Schuld bestand, ist für die vom Juristen behandelte und entschiedene Frage ganz gleichgültig. Ob dieser Kauf aus dem Grunde angefochten werden könne, weil derselbe eine verbotene lex commissoria enthalte, ist eine Frage, an welche gar nicht gedacht wird (auch freilich von Scävola noch gar nicht gedacht werden konnte). Sie ist nicht der Gegenstand der in fr. 81. pr. gegebenen Entscheidung. Justinian konnte dasselbe unbedingt in die Pandekten aufnehmen; er coordinirte sie der l. ult. C. 8. 35, weil sie mit ihr nicht in Widerspruch steht [83]. Es behandelt die Frage, ob die L. C.

---

83) Sollte man in fr. 81. pr. wegen des kathegorischen contractam esse obligationem am Ende einen zu schroffen Gegensatz mit c. 3. C. 8. 35. finden, so könnte man diesen so heben, daß man annähme: Scävola spreche von einem Kauf der verpfändeten Grundstücke überhaupt. Dieser wäre dann nur gültig, wenn er nicht gegen das Verbot der L. C. verstöße.

zu Gunsten des Bürgen gültig sey, durchaus nicht; diese Frage ist aus dem fr. 81. D. 18. 1, worin, wie gesagt, nur die **quaestio facti**: ob der zahlende Bürge nothwendig Käufer der Pfänder sey, wenn ihm ein Vertrag den Verkauf derselben auf den Zahlungsfall zusichere, entschieden wird, durchaus nicht zu entscheiden, sondern blos aus der Fassung des Constantinischen Verbotes selbst.

Dadurch wird die Streitfrage sehr vereinfacht, indem sie nun nur aus allgemeinen Grundsätzen zu lösen ist.

Unsere Auslegung des fr. 81. pr. D. 18. 1. ist also fast ganz die Cujacische, welche, wie im Eingange dieses Paragraphen angegeben worden ist, die vieler andern Rechtsgelehrten wurde.

Untersuchen wir nun die Frage: ob das Constantinische Verbot des commissorischen Pfandvertrags zu Gunsten des Bürgen eine Ausnahme erleide ohne Rücksicht auf das fr. pr. D. 18. 1. Für die Gültigkeit des Vertrags, wodurch dem Bürgen, auf den Fall er zahlen sollte, das Eigenthum der dem Gläubiger gegebenen Pfänder zugesichert wird, läßt sich folgendes sagen:

Da nicht ihm, sondern dem Gläubiger die Pfänder gegeben sind, so ist der Vertrag keine **lex commissoria pignorum**, sondern lediglich ein bedingter Kauf an den Bürgen von Sachen, die einem andern verpfändet sind. Warum sollte nun Jemand, der einem Andern Sachen verpfändet, dieselben nicht zu gleicher Zeit einem Dritten unter einer Bedingung verkaufen können? und namentlich unter der: die Sachen sollen ihm verkauft seyn, wenn er in Folge der von ihm übernommenen Bürgschaft sie eingelößt hätte? Der Grund des Verbotes, kann man sagen, fällt beim Bürgen hinweg; da nämlich der Schuldner durch die Verpfändung schon einen Gläubiger gefunden hat, so ist er nicht mehr in Noth: er ist vom Bürgen nicht so abhängig, wie vom Gläubiger; hat er also diesem die Pfänder auf den Fall über-

lassen, daß derselbe zahlen sollte, so sind beide durch billige und ehrbare Gründe dazu bestimmt worden. Eine Verabredung dieser Art kann ganz zu Gunsten des Schuldners seyn, welchem der Bürge durch die Abnahme der Pfänder den Gefallen erzeigt, ihn von seiner Schuld zu befreien und einen für ihn vortheilhaften Handel einzugehen.

Da nun Ausnahmsgesetze streng auszulegen sind und die besprochene Verabredung keine lex commissoria pignorum ist, auch die ratio legis wegfällt, so muß der Vertrag, wodurch die einem andern verpfändete Sache dem sie einlösenden Bürgen zugesagt wird, für gültig gehalten werden. Nur die Beschränkung wäre beizufügen, daß, sobald in fraudem legis contrahirt werde, der Vertrag nichtig seyn müsse [84].

In der Regel wäre derselbe daher gültig und nur ausnahmsweise verboten; die Präsumtion also für die Gültigkeit und der Beweis der Gesetzesumgehung vom Verpfänder zu führen.

Auf dieses alles läßt sich aber folgendes erwiedern. Der Umstand, daß das Verfallenseyn der Pfänder zu Gunsten des Bürgen statt zum Vortheil des Gläubigers verabredet wird, ändert das Wesen der Verabredung nicht. Der Zweck derselben ist immer der: daß die Pfänder für den Betrag der Schuld für den Schuldner verloren seyen, und einem, der sein Gläubiger ist, erworben werden sollen. Im Augenblicke, wo der Bürge den Gläubiger befriedigt, tritt er ja an die Stelle des letzten, und (was er in der Regel thun wird) überträgt durch den Gebrauch des beneficii cedendarum actionum auf sich das dem befriedigten Gläubiger zustehend gewesene Pfandrecht. Der Vertrag also, es sollen dem zahlenden Bürgen die Pfänder als Eigenthum zufallen, ist eine wahre lex commissoria zu Gunsten eines Pfandgläubigers, d. h. nicht des ersten, sondern des zweiten. Den Schuldner

---

84) So Hostiensis, Rudäus, Donellus, Faber.

treffen dieselben Nachtheile, wie wenn der Gläubiger selbst Herr der Pfänder geworden wäre; er erhält den Ueberschuß nicht heraus, wenn die Pfänder mehr werth sind, als die Schuld beträgt; ob sich der Bürge auf seine Kosten bereichern oder der Gläubiger ist im Resultate gleich, und gerade das wollte der Gesetzgeber nicht, nämlich die captio: ut creditor damno debitoris, locupletior fiat. Die Behauptung, es falle die ratio legis weg, ist schon durch die letzte Bemerkung widerlegt. Wenn man behauptet, der Schuldner, welcher Pfänder gebe, sey nicht in Noth, und fände leicht einen Bürgen, so läßt sich fragen: warum er noch einen Bürgen stellt, und zwar einen solchen, dem er auf den Zahlungsfall das Eigenthum der Pfänder verschreibt? Entweder drängte ihn der Gläubiger hiezu, weil ihm die Pfänder nicht genügten, und dann war er ja in Noth, oder der Bürge trat zum Ueberfluß hinzu und kann dann nicht die redlichsten Absichten gehabt haben, als er sich das Eigenthum der Pfänder zum voraus verschreiben ließ, da er ja Rechtsmittel genug hatte, um sich gegen möglichen Verlust zu schützen; wozu bedurfte es des commissorischen Vertrags?

Durch den Grundsatz, die lex commissoria bei Pfändern sey in der Regel zu Gunsten des Bürgen oder sonst eines Dritten erlaubt, würde indirect das Constantinische Verbot wieder aufgehoben. Denn jeder wuchernde Gläubiger würde nicht ermangeln, auf den Nichtzahlungsfall von Seiten des Hauptschuldners die verpfändeten Sachen durch eine unterschobene Person sich verschreiben zu lassen. Da der Beweis des Betrugs schwer zu führen ist, so würden in den meisten Fällen die Schuldner das Opfer einer leichten Manipulation habsüchtiger Spekulanten. Da endlich das kaiserliche Verbot sehr streng abgefaßt ist, und zum Ziele sich setzt, omnem legis commissoriae memoriam abolendi, so dürfen wir, weil keine gesetzliche Ausnahme ihm beigefügt, d. h. in keinem Theil des Corpus juris civilis eine solche zu finden ist, nicht eigenmächtig eine solche einführen.

Es können allerdings Fälle vorkommen, wo die Verabredung: die Pfänder sollen dem zahlenden Bürgen zufallen, keine **captio** enthält, ja sogar vortheilhaft für den Schuldner ist. Allein dieß ist auch möglich, wenn eine **lex commissoria** zu Gunsten des Gläubigers eingegangen wird. In einem solchen Fall wird aber der Schuldner sich wohl hüten, die Einlösung der Pfänder zu begehren, im Gegentheil wird er (was zu seiner Sicherheit der Erwerbende wünschen muß) nach der Verfallzeit den bedingt gewesenen Vertrag bestätigen, d. h. dem Gläubiger oder Bürgen die Pfänder unbedingt verkaufen.

§. 14. Gilt der commissorische Vertrag bei Verpfändungen, wenn man sich auf eine dem Verbot desselben entgegenstehende Gewohnheit berufen kann?

Die Streitfrage: **an pactum legis commissoriae pignoris consuetudine confirmari potest?** ist gewiß schon frühe durch die Praxis veranlaßt worden. Da nämlich die germanische Verpfändungsweise, in Folge welcher der Gläubiger nach dem Ablauf des Einlösungstermins Eigenthümer der Sache bleibt, fast allgemein war, so berief man sich gewiß zur Zeit der Aufnahme des römischen Rechts auf eine **consuetudo contraria**, wenn Schuldner das Verbot der **lex comm.** geltend gemacht haben wollten. Das germanische Pfandrecht erhielt sich ja an vielen Orten noch lange nach der Einführung des römischen Rechts; das Bestehen einer **consuetudo contraria** mußte nicht selten erwiesen seyn. Nun suchten die Legisten und Canonisten dem Verbote Constantin's dadurch seine Geltung zu erhalten, daß sie sich auf ein andres Gesetz dieses Kaisers — **c. 2. C. 8. 53.** beriefen und sagten: **Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.** Auf diese Weise spricht sich **Baldus**

aus und bei weitem die meisten Ausleger stimmen ihm bei. Es wurde eine stehende Frage: **an valeat L. C. consuetudine firmata**, welche bis in's achtzehnte Jahrhundert in dieser Lehre behandelt und fast immer verneinend beantwortet wird. Seit etwa hundert Jahren ist sie aber aus den Lehrbüchern des römischen Rechts verschwunden. Im J. 1828 erneuerte sie Seuffert im Archiv fur civilistische Praxis B. XI. S. 357—366, dazu durch das Anrufen von Handelsusanzen veranlaßt.

Die verneinende Antwort findet sich bei: [85])

Regusantius n. 5.

Tiraquellus n. 121 u. 131. In der letzten Stelle sagt er jedoch: **Pactum tolerandum est, quando in regione tolleratur.**

Mudäus n. 10. Mozzius n. 10. Mantica 11. 8. n. 14. Merlinus n. 25, 26. Mästertius 9, 13. n. 4. Gothofredus a Jena §. 29. Menken th. 14.

Ebenso lehren die meisten deutschen Praktiker, z. B. Hahn zu Wesenbeek S. 555. Lauterbach n. 9.

Diesen allen ist nun Seuffert u. a. beizuzählen. Die entgegengesetzte Meinung fand indessen auch Vertheidiger; wir nennen als solche: Giphanius p. 397. Cocceji jus Controv. XIII. 7. 9. XI. Leyser spec. 158. corrolar. II. Riccius §. 32.

Im Grunde ist diese Streitfrage keine andere als die durch die angeführte c. 2. C. 8. 53. veranlaßte allgemeine: ob eine Gewohnheit ein ihr entgegenstehendes Gesetz aufheben könne? Wir könnten also hier diese berühmte Pandektencontroverse, über welche die deutschen Rechtsgelehrten in der neuesten Zeit so viel geschrieben haben, hier wiederholen. Allein dieß würde uns zu weit führen, was um so weniger nöthig

---

85) Angeführt finden wir nach Lupus de Usuris II. 15. Surdus Decis. 248. n. 16. Cyriacus Controv. 398. n. 18. Victor Decis. n. 11. Trentacinquius 9 18. n. 4.

ist, als jetzt (1840) der Sinn der **c. 2.** durch v. Savigny so befriedigend erklärt worden ist, daß wohl in der Folge der Streit als abgemacht erscheinen dürfte [86]. Nach dieser Erklärung ist der Inhalt der **c. 2.** der: es sollen Ortsgewohnheiten nicht gelten, wenn sie den Staatsinteressen entgegenstehen; es mögen diese durch ein früheres oder ein späteres Landesgesetz ausgesprochen seyn oder nicht [87]. Es entsteht daher nur die Frage: ob das Verbot der **L. C. pign.** den Charakter eines Gesetzes dieser Art habe oder nicht? Nur im letzten Falle würde eine der **l. ult. C 8. 35.** entgegenstehende Gewohnheit eine derogirende Kraft haben.

Wo den Städten so viel Autonomie zustand, daß sie durch ausdrückliche Statuten commissorische Verpfändungen für gültig erklären konnten [88], mußte das Gleiche auch durch eine entgegengesetzte Gewohnheit geschehen können: **nam quid interest: suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis.**

Ob einer Stadt wirklich diese Autonomie zustehe, ist eine rein factische Frage; obgleich sie die Schriftsteller über unsre Lehre nicht selten als eine allgemeine Frage behandelt und meistens auch verneinend beantwortet haben [89].

Abgesehen davon erscheint das Verbot der **L. C.** nicht

86) System des röm. Rechts. B. I. Beilage II. S. 420 ff.

87) Diese Ansicht v. Savigny's fällt nur zum Theil mit der von Seuffert, Fritz und andern Rechtsgelehrteu vertheidigten zusammen, nach welcher jede Gewohnheit, die einem Prohibitivgesetz entgegensteht, kraftlos wird. Nur wenn Prohibitivgesetze den angegebenen Charakter haben, läßt v. Savigny keine Ortsgewohngegen sie zu

88) In den italiänischen Städten erlaubten hie und da Statuten z. B. für ihre Leihhäuser die L. C. Die Conciliatores berufen sich zuweilen darauf, z. B. Alexander Vol. VII. Cons. 178.

89) Z. B. Merlinus n. 26. Menken th. 14. hält ein Statut dieser Art, wenn eine Stadt Autonomie besitzt, für erlaubt und wirksam. Lauterbach sagt dagegen allgemein: **Immo nec consuetudine nec statuto confirmari posse hanc pactionem commissoriam tradit Mudaeus.**

als ein Gesetz der Art, gegen welches nach v. Savigny das Anführen einer entgegengesetzten Gewohnheit durchaus verwerflich wäre; denn, ob es gleich das Gemeinwohl bezweckt, so würden die Staatsinteressen doch dadurch nicht gefährdet seyn, wenn die commissorische Verpfändungsweise wieder erlaubt würde, wie sie vor dem J. 320 es war.

Wir sind indessen doch geneigt zu glauben, daß der Kaiser Constantin, wenn er befragt worden wäre: ob eine seiner c. ult. C. 8. 35. entgegenstehende consuetudo an einem Ort, wo sie vorkäme, Kraft habe, gerade so geantwortet haben würde, wie er in c. 2. C. 8. 53. that. Und Justinian würde auf eine Anfrage der Art auf eine ähnliche Weise geantwortet haben, nämlich nach dem von ihm in c. 26. §. 1. C. 4. 32. ausgesprochenen Grundsatze: **nec liceat judici memoratam augere taxationem** (nämlich den von ihm festgesetzten Zinsfuß) **occasione consuetudinis in regione obtinentis.**

Nimmt man endlich, wie die Canonisten und die ihnen folgenden Legisten einst thaten, auf die Grundsätze des Canonischen Rechts gegen den Zinswucher Rücksicht, so wird man eine gegen das Verbot der L. C. gerichtete Gewohnheit als eine dem göttlichen Rechte widerstreitende consuetudo irrationalis [90]) durchaus verwerfen müssen [91]). Auf jeden Fall ist das Verbot Constantins ein zum **jus publicum** gehörender Grundsatz, und unterliegt, wie wir sehen, der Regel [92]): **privatorum pactis mutari non potest** (§. 9.).

---

90) So Merlinus n. 25.

91) Dest. VIII. c. 2. 3. u. c. 10. 11. X. 1. 4.

92) Auf diese Regel legt hier Baldus alles Gewicht, weil schon die Glosse zu c. 2. C. 8. 53, was die derogatorische Kraft der Gewohnheiten betrifft, unterscheide: An lex sit talis, cui possit derogari per pactum ut JC. Vellejanum (??) et tunc consuetudo derogat: aut non ut in pacto legis commissoriae et aliis, quae non, tunc non.

Unsre Lösung der Frage stimmt daher im Wesentlichen mit der von Seuffert gegebenen überein; nur möchten wir da, wo Kaufleuten das Recht, Handelsusanzen festzusetzen, in einer größern Ausdehnung zusteht [93], mehr zugestehen, als er es that.

---

93) Also da, wo das Handelsrecht ein der Autonomie des Handelsstandes überlassenes jus singulare ist.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

III.

Ueber den Zustand der Gesetzgebung in Bezug auf Wechselrecht, über die an den Gesetzgeber in dieser Beziehung zu stellenden Forderungen, und über das Bedürfniß einer gleichförmigen Wechselgesetzgebung für die Staaten des deutschen Zollvereins.

Von

Mittermaier.

Während die Gesetzgebung in allen Zweigen nach Verbesserungen strebt, Mißbräuche und Vorurtheile der Vergangenheit zu entfernen, und den Bedürfnissen der Zeit entsprechende Verfügungen zu erlassen beabsichtigt, erfreut sich das Wechselrecht nicht jener Sorgfalt, welche der wichtige Rechtszweig erfordert. Zwar fehlt es nicht in einzelnen Staaten an Wechselordnungen und Entwürfen dazu; es ist aber nicht schwierig nachzuweisen, daß die Gesetzgeber noch nicht das wahre Bedürfniß sich klar gemacht haben. Das Wechselrecht hat eine nicht hinreichend gewürdigte Seite. Während die meisten civilrechtlichen Institute innerhalb der engen Gränzen